

続 マティアス・ライマンの比較法学(3)

——比較法史(comparative legal history)のための読書ノートを兼ねて——

貝 瀬 幸 雄

第一章 マティアス・ライマンの比較 Global Lawyering 論

1. 序 言
2. 『グローバル・ローヤリングにおけるアメリカの長所』(2012年)
3. 『グローバル・ローヤリングにおけるヨーロッパの長所』(2018年)
4. 比較グローバル・ローヤリング論の効用

第二章 『歴史法学派とコモン・ロー』 覚書

1. 序 言
2. 『歴史法学派とコモン・ロー』 序論
3. 背景 (『歴史法学派とコモン・ロー』 第一部)
4. 黄金時代 (『歴史法学派とコモン・ロー』 第二部)
((5-5) まで, 立教法務研究 13 号)
5. 衰退 (『歴史法学派とコモン・ロー』 第三部)
6. 「結論——失敗した継受？」(以上, 立教法学 103 号)
7. 本書の評価

第三章 『歴史法学派とコモン・ロー』 の周辺

1. 序 言
2. 「歴史法学」
3. 「『いろんなものを出して見せれば, 何かが誰かの好みに合う』
——コモン・ロー世界におけるサヴィニーの翻訳とサヴィニー像」
4. 「法学における概念と目的——ルドルフ・フォン・イェーリングの
生誕に寄せるペーパー (Geburtstagsblatt)」(以上, 本号)

7. 本書の評価 (承前)

(7-1) これまで詳細に紹介してきた『歴史法学派とコモン・ロー』については、ヨーロッパ法史学の大家ラインハルト・ツィンマーマンによる書評がある。ツィンマーマンは、「19世紀はわれわれにとってユス・コムーネの知的統一体が崩壊した後に国家単位の法文化が発展した時代であった。しかしながら、法と法学の国家的孤立と対立するいくつかの要素も常に存在した」として、フランス民法典に続き歴史法学とパンデクテン法学がこうした知的な指導的役割を引き受けたと指摘したうえで、ライマンの本書は、19世紀ドイツ法学の英米法思想への影響を論ずることで、これまで文献においてなおざりにされてきたヨーロッパ「外」でのヨーロッパ法の作用・影響を検討した極めて豊かな内容のものであって (ツィンマーマンは、オーストリア、フランス、スウェーデン、オランダ、スイス、スコットランド、イタリア、イングランドへの——つまりヨーロッパ域内への同時期のドイツ法学の影響を論じた従来の業績を挙げている)、さらに「結果としてアメリカ法史の中心的時代の根本的再評価をもたらしたのである」と高く評価する²⁷³⁾。

ツィンマーマンは、ライマンの本書には書評では論じきれないほど長所があるとし、本書で取り扱われたコンテキスト・関連 (Zusammenhänge) の複雑さにもかかわらず、その内容は驚くほど簡潔で、ドイツのモノグラフィーにありがちな冗長さを免れており、叙述は澁刺として分析は明解であるとする。本書の内容を一文に要約できないことは著者の責めに帰すべきではなく、テーマの性格それ自体による (歴史法学派は、従来推測されていたよりもはるかに強力な影響をアメリカに及ぼしたとか、アメリカ古典法学の黄金時代は多くの点でサヴィニーにまで遡ることはできないが、だからといって全く彼から独立に考えられるものでもない、とかいった程度に要約できるにとどまる)²⁷⁴⁾。

ライマンの本書の特色として、第一に、全体像が極めて把握しやすい三部構成をとっており (「背景」「黄金時代」「衰退」)、各部においても明解な三部構成 (「法学」「法学方法論」「法文化」) を採用している。ただし、本書で「法学」と

273) Zimmermann, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 114, Rom. Abt., 543-544 (1997).

274) Id., 547.

いう場合に、法律行為や意思表示のような法ドグマティークではなく、その起源と本質を問う法概念それ自体を意味するのであるから、この表現はいささかミスリーディングである、とツインマーマンはいう²⁷⁵⁾。

第二の特色として、本書の扱うテーマは極めて多層的(Vielschichtigkeit)であって、全ての局面は複雑でニュアンスに富んだ全体像との関連で考察され、性急な断定と一方的な評価は避けられていて、項目ごとに非常に細分化された結論に達している。例えば、アメリカの法思想にサヴィニーの法生成論が及ぼした効果は、各国のコンテクストとの多数の個別的な結びつきにおいて検討される。民族精神思想は多くのヴァリエーションとして出現し、コモン・ローの起源をめぐる論争で具体的意義を獲得した。歴史的発展および有機的成長の観念は広く普及し、歴史的制約、不断の変化として、内部法則に従った法の展開として、多様なレベルでアメリカ法学に影響を及ぼした。「一方ではサヴィニーの法生成理論の強いエコーが見出されるが、しかしそれは決してコモン・ローの世界と異質だったのではなく、モンテスキューとギボン(民族精神理論)、エドモンド・バーク(法の慣習的性格)、ブラックストンおよび歴史主義一般(法の歴史性)、当時の自然科学思想(有機的成長)の中に常に先駆者と類縁者を有していたのである」。さらに、「とくにドイツ歴史法学派に特徴的な体系的要素に関しては、一瞥したのみでも驚くべき、アメリカにおける継受の準備(Rezeptionsbereitschaft)が明らかになる。ライマンは非常な迫力と説得力で19世紀半ばの英米法が危機的状况にあったことを示した」。ドイツのパンデクテン法学における概念・体系思考をモデルとして、アメリカのコモン・ローに体系的秩序をもたらすことが緊急の課題となったが、ここでもライマンは継受のプロセスを単純に考えることに警鐘を鳴らし、「ドイツの影響、共通の課題、精神的環境は相互に関連し、浸透するものであるから、その効果において分離することはできない」としている²⁷⁶⁾。

第三に、今後の課題として、本書にいう第一次世界大戦直後の「衰退」の時代に、社会法学とリーガル・リアリズムがアメリカ古典法学の基礎を揺るがしたが、「ここにも、ルドルフ・フォン・イェーリング、自由法学派、ドイツ利益法学につながる、多層的で興味深いとともにまだ詳細に研究されていない知

275) Id., 544.

276) Id., 545.

的な結びつきのライン (Verbindungslinien) が存在する。こうした結びつきはライマンの書物の第三部において簡潔に示唆されており、もう一度機会があれば、この時期についても古典期と同様な堅実なモノグラフィーを著してほしい」(この点については、後にライマンはヤンセンと共著で、アメリカへの影響を含めたイェーリング論を執筆している。後掲4)²⁷⁷⁾。

第四に、ライマンは周到にも同時代のイギリス法学の発展過程を彼の研究に取り込んでいる。19世紀には依然として英米法の知的な統一性が広範に及んでいるということができたが、今日では特にリーガル・リアリズムの影響で、事情は異なっている。ツインマーマンは以下のように書評を締めくくる。「アメリカの指導的なロー・レビューを読めば、ヨーロッパ法文化の基礎である法に対する信頼と真っ向から対立する法的シニシズムが強く感じ取れる。ライマンは本書の末尾で同旨を指摘し、アメリカにおいては今日まで概念的・体系的思考に対する強固で内面的な防御の態度が存在するという。だからこそ、古典期の初めよりも遥かにひどく、あらゆる体系化のころみを予め失敗に終わらせるような法的カオスをアメリカでは甘受できるのである。アメリカ法学をヨーロッパ法学よりも遥かに幻滅させたこうしたプロセスにおいて中心的役割を果たしたのは、謎めいた (enigmatische) オリヴァー・ウェンデル・ホームズで、このことは全くついでにはあるがライマンの書物でも明らかにされている。ホームズの歴史法学派に対する態度は、アンビヴァレントな特徴を有していた。ライマンも同旨であるが、ホームズはドイツの歴史研究にはあらゆる事物の尺度を見出し、反対にドイツの概念・体系思考はあらゆる法律学の破滅であるとしていた。それゆえホームズの最も重要な作品である『コモン・ロー』の出発点は歴史であった。しかしながら、またそれゆえに、例えば法の生命は論理ではなく経験であったという周知の文に現れているように、法における演繹的論理を基準とすることを彼は強く拒んだのである」²⁷⁸⁾。

(7-2) 本章の冒頭で言及したジェームズ・ハーゲットの書評は、本書を「法の分野においてあらわされたアメリカ精神史の中でも最も完全で啓発的な作品のひとつ」であって、傑出した書物であるとする。ハーゲットによれば、

277) Id., 546-547.

278) Id., 547-548.

本書はサヴィニーとその継承者たちの思想が英米法にどのように影響したかに限らず、おおむね 1860 年から 1930 年に至る期間の英米法律家の思考の歴史でもあって、この思考に対するすべての知的影響を、実務と制度への影響とともに記述しているから、本書の表題は狭きにすぎ、ミスリーディングである²⁷⁹⁾。

ハーゲットは、ドイツ歴史法学派がこの時期のコモン・ローに重要なインパクトを及ぼしたとするライマンのテーゼは疑いなく立証されたが、ライマンは実際にはこの時代のより一般的な知的潮流に帰因するものもサヴィニーの影響であるとしている、と批判する。例えば、歴史的先例を知ることによって現象を理解することは、19 世紀の知的生活全般の特色であったし、アメリカ人が法的進化の思想に新たに愛着を抱くようになったのは、サヴィニーの特殊な影響というよりも、地質学の発達、言語学者によるインド・ヨーロッパ語族の構想、ハーバート・スペンサーの進化的社会理論、ダーウィンの生物学的進化論が形成した一般的な知的潮流の結果である。ライマンはこれらのファクターも論じているが、時代の知的環境よりもドイツの学者のインパクトの方に重きを置く傾向がある、とハーゲットは批判するのである²⁸⁰⁾。

体系化と概念化についても同様の問題点があり、19 世紀の知識人にとって科学とは、第一原理を発見してその体系を構築することだったのである。影響力の大きかったランゲデルが念頭に置いていたのもこのことであり、したがってランゲデルとサヴィニーの間には直接のつながりはないように思われる。サヴィニーの理念の継受は表面的・皮相で、抽象的レヴェルにとどまり、コモン・ローの日常の実務には浸透しなかったのではないかとハーゲットは示唆している²⁸¹⁾。

しかし、これらはどこを強調するかという問題にすぎず、ライマンの傑作はアメリカにおける法の歴史的発展と 19 世紀におけるドイツ思想の強力な影響に関心のあるものすべてにとって必読である、とハーゲットは結論づけている²⁸²⁾。

(7-3) ツインマーマンとハーゲットの書評が指摘しているように、19 世紀

279) Herget, Book Review, 60*RabelsZ.* (1996) 771.

280) *Id.*, 772.

281) *Id.*, 772-773.

282) *Id.*, 773.

ドイツ法学のアメリカ法思想への「影響」を論じた本書は、「極めて豊かな内容」で、アメリカ法史の中心的時代(古典法学の黄金時代)の「根本的再評価」をもたらし、そのインパクトの重要性を説くライマンのテーゼはかなりの程度まで立証されたこと、および本書の扱う多層的なテーマが複雑な全体像との関連で考察されていることは疑いあるまい。ここでは、若干の希望と疑問点を述べたい。

まず第一に、ライマンはドイツ歴史法学派のアメリカ古典法学における「継受」と「並行」を検討し、「歴史的法律学」としての性格と法文化とは永続的インパクトを及ぼしたのに対し、概念および論理による体系化という「方法」は次第に放棄されていったとする。しかし論理的・概念的・体系的方法に代わるいかなるアプローチによってその後の現代アメリカ法学が運用されているのか、特段の分析が本書ではなされていない(第三部「衰退」および本書全体の結論で簡単に触れられているにとどまる)。現代の方法論に対するライマン自身の整理が期待される(ライマンは『アメリカ私法入門』²⁸³⁾という著作をドイツ語で著しているが、これは入門書である)。

第二に、ライマンは本書でサヴィニーとそれに続くパンデクテン法学を検討しているけれども、その論理的・概念的・体系的な具体例を示して、どのようにアメリカ古典法学に「影響」を及ぼしたのか、を解明する必要があったのではなかろうか。このような例示による具体的分析にやや乏しいために、例えばハーゲットにより「ラングデルとサヴィニーの間に具体的つながりはなく、サヴィニーの継受は表面的なものではなかったのか」と批判されるのである。もっとも、「継受」とともに法思想の「並行」を強調したライマンのアプローチからすれば、個別具体的な例を挙げずとも、「並行」現象を示すことができれば十分だったのかもしれない。ただし、次章で扱うヤンセン／ライマンのイエーリング論は「概念法学」の内容に踏み込んでいる。

第三に、ライマンは、本書第二部B「方法としての歴史法学派」において、「要するにドイツ歴史法学と英米古典法学との類似性は、歴史主義と進化論、理性法から生ずる体系的思考と学問的実証主義といった当時の包括的な精神的態度が作用したもの」で、その内容は分離困難である、と結論づけるが、このような説明にも、「一般的な知的環境よりもドイツの学者の方に重きを置く傾

283) Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht (2.Aufl., 2004, C.H.Beck).

向がある」とするハーゲットの批判が妥当するであろう。これでは、他のファクターとりわけ自然科学・進化論に比べ、ドイツ歴史法学派がどの程度強い影響を及ぼしたかが明確ではなかろう。ここでも、いささか曖昧な「影響」というツールのために、「並行」現象を指摘するにとどまっているのではないか。ただし、マクロの視点から、英米とドイツの「相互肥沃化」がもたらされ、超国家的学問的共同体が確立されたという指摘は貴重であろう。なお、イギリス歴史法学派特にメイトランドにおける「比較」の手法は、彼の代表作に即して、いま少し詳しい検討が必要ではなかったか。

第四に、比較法学とりわけ近時発展の著しい「比較法史」(comparative legal history)における本書の位置づけはどのようなものになるか。アメリカを代表する法史学者チャールズ・ドナヒューは、1997年に発表した論稿「北米における比較法史」で、アメリカには真正の比較法史の業績はほとんど存在しないとしつつ、ライマンの本書は一般理念の次元におけるもので、概ね「影響」によって構成されており、直接の貸借関係はなくても米独の法思想が平行な道を辿ったという興味深い比較法的論点も簡単に扱っているが、真正の比較法史といえるかどうかは微妙であるとしている²⁸⁴⁾。しかしながら、オリヴィエ・モルトー(Olivier Moreteau)らの編集に係る論集『比較法史』(2019年)においては、比較法と法史学は明らかに相互補完的な学問分野で、その関係は相互肥沃化の物語であり、比較法史は法をより広い範囲で、より磨かれたレンズを通して見ようとする極めて貴重な試み、学際的アプローチへの一つのステップ、一致・符合(consilience)への重要な動きであると説明されており、ドナヒューのような厳格な定義はとられていないのではなかろうか²⁸⁵⁾。ライマンの本書は法思想の発展の歴史の比較であって、比較法史からこれを除外する積極的根拠はないというべきである。本書は理念の移植／継受のケース・スタディであるとともに、比較法思想史の性質を備えているが、理念の移植／継受と、法思想の平行な発展の比較との区別がやや曖昧であるために(さらに、学問・方法・文化の三項目に分けて叙述していることから、比較思想史としての全体像がわかりにくくなっている)、誤解が生ずるのであろう。

284) 貝瀬幸雄『国際倒産法と比較法』(有斐閣, 2003年) 383頁参照。

285) Olivier Moréteau/Aniceto Masferrer/Kjell Å. Modéer (eds.), *Comparative Legal History* (Elgar, 2019) 12-14.

第三章 『歴史法学派とコモン・ロー』の周辺

1. 序言

本章では、『歴史法学派とコモン・ロー』の概要に続き、その内容を敷衍ないし発展させたライマンの近時の主要な論稿である①「歴史法学」(2018年)、②『『いろんなものを出して見せれば、何かが誰かの好みに合う』——コモン・ロー世界におけるサヴィニーの翻訳とサヴィニー像」(2015年)、ニルス・ヤンセンとの共著論文③「法学における概念と目的——ルドルフ・フォン・イェーリングの生誕に寄せるペーパー (Geburtstagsblatt)」(2018年)を検討してみたい。通史的力作④「アメリカ合衆国におけるヨーロッパ法およびヨーロッパ法学」(1996年)については、別途紹介したので、ここでは特に簡略化する²⁸⁶⁾。

2. 「歴史法学」

(1) 『オックスフォード法史学ハンドブック』(2018年)に発表されたライマンの論稿「歴史法学」は、以下の内容から構成されている。

I 序論——範囲の確定

II 歴史法学の多様な形態——トランスアトランティックな現象としての歴史への転換

A ドイツ歴史法学派——サヴィニーによるテーマに関する変奏曲

B イングランドにおける歴史法学——メーンからメイトランドへ (そして

286) ①は、Reimann, Historical Jurisprudence, in: Markus D. Dubber/Christopher Tomlins (eds.), The Oxford Handbook of Legal History (Oxford U.P., 2018) 397.

②は、Reimann, »Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen.« Savigny-Übersetzungen und Savigny-Bilder in der Welt des Common Law, in: Joachim Rückert/Thomas Duve (hrsg.), Savigny international? (Vittorio Klostermann, 2015) 49.

③は、Jansen/Reimann, Begriff und Zweck in der Jurisprudenz —— Ein Geburtstagsblatt für Rudolf von Jhering, 2018ZEuP89.

以上の文献は、それぞれReimann ①、Reimann ②、Jansen/Reimann と略記する。

④は、Reimann, Continental Imports: The Influence of European Law and Jurisprudence in the United States, 65Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (1996) 391. その紹介として、前注1)の文献を参照。

その後)

C アメリカ合衆国——ヘンリー・アダムズと彼の学問

Ⅲ 歴史法学の仕事——目的、対象、アプローチ

A 目的——歴史研究の目標

B 対象——ローマ法とゲルマン法

C 方法——原資料への回帰

Ⅳ 政治的含意——法伝統、立法、レッセ・フェール

A アイデンティティ——法の根源のための闘い

B 法創造——立法 vs. 法学

C 保守主義と自由主義——レッセ・フェールの優位

V 結論——法史学的手段化

ライマンによれば、歴史法学は、法を「その起源を明らかにすることによってのみ正しく把握できる本質的に歴史的な現象」としてとらえ、それゆえ、法の歴史は現在の法の単なる背景や自己目的ではなく（歴史は現状と不可分）、現在の法を理解するための主要な手段である、と位置づけた。この歴史法学は19世紀初めのドイツ・ロマン主義の時代に誕生し、1880年から1920年の間に、法思想における社会学的方向転換によって次第に克服されるまで存続した。歴史法学は、19世紀にほとんどの人文学に生じた歴史への転向の法律版であり、当時出現しつつあった「科学」の現代的観念に基づいて現代的科学（学問）たらしめ、帰納的に実証的データを法の過去に求め、同時代の自然法的ないし分析法的アプローチ（抽象的論理と立法者意思）に反抗したのである。ライマンは、まず歴史法学がドイツ的であるとともに国際的現象でもあったことを確認し、歴史法学の支持者の業績をその目的・対象・アプローチについて記述し、その正しい理解のために歴史法学の政治的含意を指摘し、現代的課題のために法制史を手段として用いることの正当性（これは歴史法学が提起した問題である）について考察する（以上、前掲I）²⁸⁷⁾。

(2) 歴史法学は一枚岩的ではなく、多様な形態で現れ、ドイツから他のヨーロッパ諸国に広がり、19世紀後半には大西洋を越えた国際的現象となり、ド

287) Reimann ①, 397-398.

イツと英米においてはいくつかの分派へと成長した。

(i) ドイツ歴史法学派の基本的特徴は、創始者であるサヴィニーの初期の二つの作品——『われらの時代の立法および法学のための使命について』(1814年)と、創刊された法律雑誌の序論的エッセイ「われらの雑誌の目的について」——にあらわれていて、それは①「歴史的法学 (historical legal science)」のプログラム、②慣習としての法という見解、③有機性 (organicism) と進化という基本観念、の三者である。

すなわち、第一に、サヴィニーの目的は法史それ自体の探求ではなく「歴史的法学」の確立にあり、18世紀の自然法伝統に対する反動として歴史的理解に基づく実定法の科学を追求した。サヴィニーは、歴史研究によって有益な法的遺産のみを残し、それを一貫した体系的秩序にまとめ上げようとして、まず中世ローマ法の「歴史」、次いで現代ローマ法の「体系」を著した。第二に、このプログラムは、法は個人のコントロールを大きく超えた歴史的発展の必然的結果で、慣行を通じて現れるものである、とする特別の法理解を反映している。第三に、「慣習としての法」は、「国民の最も深い性格」(民族精神)から生ずるもので、人間生活・人々の存在と伝統・民族を囲む文化と有機的に結びつく歴史的・文化的現象である(サヴィニーの「民族」は、社会学的ないし民族的概念というよりも文化的概念であった)。法とその起源に関するサヴィニーの有機体的把握は、19世紀初期の「進化」の観念を想起させるが、サヴィニーは法を絶えず進歩しているものとはとらえず、「法は初期の民衆的形態から専門化の状態へと発展し、もはや人々の手には委ねられず法律家に託されることとなった」と主張したにとどまる。サヴィニーの後継者たちの中には、19世紀後半にダーウィンの影響のもとで法の進化論的理解をよりオープンに取り入れた者もいた。

一貫した運動としてのドイツ歴史法学派は19世紀初めからその半ばまで継続したが、広い意味では19世紀ドイツ法学の大半はサヴィニーの遺産であり、サヴィニーの弟子たちは師の基本的テーマに基づきいくつかのヴァリエーションを発展させ、方法(歴史研究か法の体系化のいずれか)および法源研究(ゲルマニストによる自生の法の重視とロマニストによる古典ローマ法源の研究)の双方で専門化を推し進めた(以上、前掲II. A)²⁸⁸⁾。

288) Id., 399-400.

(ii) イギリス歴史法学は、ドイツ・モデルの大きな影響のもとでドイツよりも半世紀遅れて始まったが、本来の意味での「学派」を形成することなく、分析法学派が支配する中で、影響力はあるが明らかな少数派にとどまった。一貫した法学理論に基づくというよりも、法の歴史的次元に対する関心で結びついていたにすぎなかったのである。

イギリス歴史法学はヘンリー・サムナー・メーンの『古代法』(1861年)に始まるが、抽象的な法律構成 (legal reasoning) に反対したこと (ベンサムおよびオースティンの支配的であった分析法学が批判の対象)、歴史的データに基づくリーガル・サイエンスを提示したこと、有機的發展と文化的伝統の継続性を信じ、ローマ法に注目したことにおいてサヴィニーの業績とパラレルであった。しかしながら、メーンは一次資料に僅かに言及するのみで叙述は高度の一般性を有していたこと、古代的・集団的法観念から文明的・個人主義的法観念への漸次的進化を強調していたこと (「身分から契約へ」) で、サヴィニーとは異なっていた。多くの同時代人と同様に、メーンはローマ帝国と大英帝国との間に顕著な並行性 (pararells) を認めるとともに、私法制度よりもむしろ憲法史および政治史に関心があった (『古代法』は特にアメリカにおいて大きな影響を及ぼした)。

「メーンはイギリスにおける歴史法学を基礎づけ、ブライスがそれを確立することを助けたが、いずれも、コモン・ローの歴史を探究するという意味でのイギリス歴史法学は提供しなかった。それは最終的にイギリス法史プロパーへと向かったフレデリック・ウィリアム・メイトランド (1850-1906年) に委ねられた。メイトランドは、メーンとブライスの極めて一般化された若干アマチュア的なアプローチを置き去りにした。彼の主著である『エドワード1世時代以前のイギリス法の歴史』は、中世イギリス法の起源と発達に関する決定的業績となった。早すぎる死にもかかわらず膨大な著作を残したメイトランドとともに、イギリス法の歴史叙述は完全に専門化され、その頂点に達した」。

特殊国家的な民族精神というサヴィニーの観念に由来する、自国中心的なドイツのアプローチとは異なり、イギリス歴史法学の指導者たちは法システムを互いに比較して考察した。こうした「比較の次元」は、多文化的・多法域的帝国で活躍したメーンとブライスに最も顕著であるが、主に自国の法史に集中したメイトランドやヴィノグラードフにも共通している (以上、前掲II.B)²⁸⁹⁾。

(iii) アメリカにおける歴史法学は、英独歴史法学の諸要素を結合し、19世

紀の最後の数十年間に繁栄した。すなわち、①抽象的で論理的に厳密なアプローチ（初期共和国時代に強い影響を与えたヨーロッパ大陸の自然法と、イギリス分析法学）に対するリアクションであり、②メーンの『古代法』の刺激を受け、後は主にドイツの研究に依存した、③アメリカ歴史法学もドイツに刺激され、真の科学は歴史的事実に基づくべきであるとしたが、比較の要素を含む点でイギリスのアプローチに近かった、④アメリカ歴史法学はドイツに比べれば小規模であったが、イギリスにおけるよりも強力で大きな影響を及ぼした、という四点で、英独の中間的位置を占めていた。

アメリカ歴史法学の主流は、ヘンリー・バクスター・アダムズの強い影響力を持った『アングロ・サクソン法論集』が1876年に刊行されたときに始まり、主に自国の法のルーツを探求し、中世イギリスのコモン・ロー（その起源はゲルマン的であったので、アングロ・サクソンの過去）に集中するものであった（特にホームズの『コモン・ロー』[1881年]）。アメリカ歴史法学の顕著な特色は、①ダーウィンの生物学、スペンサーの社会理論、イェーリングの法律学の影響を受けて、闘争的な進化の観念を特に強調し（法の発展はサヴィニーのような静かで平和的なプロセスではなく、競い合う諸利益の闘争である）、②（メーン、ダーウィンの影響および永続的運動へのアメリカ的な心酔の結果として）進歩主義（progressivism）への強い信念を持ち、③慣習としての法を強調したところにあった（以上、II. C）²⁹⁰⁾。

(3)(i) 歴史法学派は、必ずしも全員が真摯な歴史研究に従事していたわけではないが、法について歴史的パースペクティブから研究を進め、その多数派（ドイツ歴史法学派、イギリスのメイトランドとヴィノグラードフ、アメリカのヘンリー・アダムズとその弟子たち）は——少なくとも部分的には——オリジナルの資料によって研究を行った。しかしながら、彼らは法の社会的・政治的・経済的背景にはほとんど注意を払わず、社会的というより内部的な（理論的・制度的側面に注目する）法制史に取り組んだ（例外は、メイトランドとヴィノグラードフ）。ドイツ側は主に影響を与える立場で、英米側はその受け手であったが、大量の相互肥沃化（cross-fertilization）も生じ、双方が共通の企画（common en-

289) Id., 400-402.

290) Id., 402-403.

terprise)の一部であると考えた傾向をもたらした²⁹¹⁾。

(ii) まず第一に、ライマンは、歴史研究・法史研究の目標を取り上げ、①現在の理論と制度の正しく深い理解、②法の進化を広く社会的・文化的現象として理解すること、③法的過去をそれ自身のために知ること(知識の獲得それ自体を求めること)、の三つを指摘する。

①を敷衍すれば、法は歴史の産物であるから、現在までの全ての生成の軌跡をたどることによってのみ、その素材(material)を真にマスターし現在の理論を明確化・精緻化できる。しかしながら、こうした歴史的理解の持つ効用・実益については、法は有機的全体であって、その歴史を知ることが現在と過去の継続性(continuity)を維持できるから重要であると評価する者(サヴィニーら)と、現在が過去から解放され自主的な選択が可能となるから、伝統はほとんど規範的な力を有しなくなり、歴史の効用は「ネガティブで疑わしい」ものとなると評価する者(ホームズやメイトランド)とに分かれた。

次に、②の作業は、法的発展の一般的特徴すなわち「古代の原始的法形態から現代的で発達した法形態への進歩(progression)」を明らかにするためであったが、極めて比較法的で、法民族学(特にヨゼフ・コーラーとアルベルト・ボスト)の方向へ進んだ結果、皮相さとアマチュアリズムをもたらす可能性があった。

最後に、③については、19世紀末の数十年間と特に20世紀初頭に、歴史研究は法的過去の知識の獲得それ自体を追求するようになり、歴史法学プロパーの一部から自足的な学問分野としての法史学へと転換した。歴史法学と純粋な法史学(法制史)との境界は、現在の目的への奉仕を主眼としつつ法律家として歴史を探究するか(サヴィニー、アイヒホルン、ポロック、ホームズ)、自らの仕事の現代的意味(implications)を意識しつつ法制史それ自体を歴史家として研究するか(モムゼン、ブルナー、メイトランド、ビゲロー)といった、重点の置き方の問題であった(以上、前掲III. A)²⁹²⁾。

(iii) 第二に、ライマンは、歴史法学の研究対象(ローマ法とゲルマン法)を解説する。すなわち、「大西洋の両側の歴史法学の支持者たちは、各々の法システムの起源が古代ローマ法ないし中世ゲルマン法のいずれかにあると理解し

291) Id., 404.

292) Id., 405-406.

ていた」ため、英米独の現代法に対するローマ法源およびゲルマン法源の貢献は、19世紀を通じて集中的議論の対象となった(ただし、「その他の重要な遺産、とりわけ膨大なカノン法、多くのヴァリエーションの商人法 [law merchant]、初期近代の自然法伝統」に対しては、あまり注意を払わなかった)²⁹³⁾。

(a) 各国におけるローマ法の地位に応じて、その研究は異なった方向を辿った。

(ア) ドイツにおいては中世後期にローマ法の継受があり、ユス・コムーネの一部としてローマ法は法学教育と実務を支配し、19世紀には特に私法においてドイツの法システムの中核、現代法の理論的研究に不可欠の要素となった。サヴィニーらの歴史法学派は、当時通用していた近代初期ユス・コムーネではなく、古代ローマ法学者たちの著作・古典的形態のローマ法に戻り(さらに1816年にニープールがガイウスの『提要』を発見し、サヴィニーが判定したことがこの動向を促した)、「サヴィニーは、彼の主要な歴史研究である『中世ローマ法史』において、中世でも古典的遺産は決して失われなかったと主張することによって、こうした古代への回帰を正当化した。ドイツのローマ法学者たちにとって、古典的法源は、リーガル・マインドの訓練のためには最も有望で、法学教育のためには最も重要なものであった」。近代立法と法典化がパンデクテン法学よりも優位に立った19世紀末になって、ローマ法についての真に歴史的なパースペクティヴがようやく発達し、ローマ法史というジャンルが生まれ、歴史法学が終わりを告げた後の主に20世紀に、繁栄した²⁹⁴⁾。

(イ) イングランドにおいては、ローマ法は中世以来シヴィル・ローとして限定的ながら実務上活用され、1540年以来オックスフォードとケンブリッジの王立ローマ法講座担当教授職を学問上の本拠として研究されたが、19世紀後半にはローマ法はもはや世俗裁判所では直接に適用されなくなり、古典研究に対する一般の敬意と特殊な目的から(メーンは古代法の手がかりを求め、ブライスはローマ帝国と大英帝国の並行性を意識してローマ法の発展とイギリス法の発展とを比較し、メイトランドはイギリスにおけるローマ法の影響を探ろうとした)ローマ法の研究が行われた。19世紀末にはイギリスのローマ法研究はドイツと同様に次第に現代的関心から解放され、独立した専門分野へと発展した²⁹⁵⁾。

293) Id., 406.

294) Id., 406-407.

(ウ) アメリカでは共和国 (Republic) 初期にはシヴィル・ローの影響が及び、19 世紀前半にはジェントルマン法律家 (gentlemen jurists) の間で——おそらくは、①ガイウス『提要』の発見による好奇心が刺激された、②奴隷制を有する南部の古典主義的文化の影響を受けた、③高度の学識として尊重されたなどの理由から——ローマ法が注目されたが、アメリカ市民戦争後はこうした関心は衰え、アメリカ法の成熟につれ、ローマ法の実効的効用は失われた。それでもなお、ホームズのような歴史的な法律家は、手段的・道具的関心から (メイトランドのように自己の法伝統におけるローマ法の役割を判断するために) ローマ法に注目し続けた²⁹⁶⁾。

(b) 歴史的な法律家 (historical jurists) のもう一つの主要な研究分野は、初期および盛期中世の民衆法 (folk law) から発展したとされる大量の自生の「ゲルマン的」ないし「チュートンの」非ローマ法であった。

(ア) ドイツにおいては、ゲルマン的法源の探求は歴史法学派の独自のアジェンダであり、19 世紀前半にゲルマニストの多くは歴史法学派の精神で、ロマニストと同様に現代の目的に導かれて研究し、ドイツ私法の科学的体系の構築を目指した。それでもヤーコブ・グリムに代表されるゲルマニストは、彼らのアプローチを文献学・言語学研究および史学一般と結びつけ、19 世紀の半ばを過ぎてからはドイツ法の自生のルーツ、歴史それ自体の研究に向かい、「初期フランク、後期ゲルマンのハートランド (heartland) のみならず、北欧地域、とりわけフェリックス・リーバーマン (1851-1925 年) の作品におけるように、アングロ・サクソンの英国も対象とした」。歴史法学が英米で普及したときには、中世イギリス法に関してさえ、ドイツの法学者が指導的地位を占めるようになった²⁹⁷⁾。

(イ) イギリスの状況はドイツとは全く異なり、そこでのイギリス法の歴史叙述はかなり皮相的であって、ドイツと 1870 年代半ばからその影響下にあったアメリカの研究者に大幅に委ねられていた。1880 年代から——米独の学問に大きく依存しつつ、現資料をも深く探索した——メイトランド (1886 年に「イギリス法の歴史は書かれなかった」と嘆いたことでも著名) の尽力によって状況は

295) Id., 407.

296) Id., 407-408.

297) Id., 408.

変わり始め、ほぼ20年ほどで、彼は前の世代が無視してきたものを創造した。彼の『エドワード一世時代前のイギリス法の歴史』(1895年)とDomesday Book and Beyond(1897年)は、イギリス法史について書かれた最も偉大な書物として広く認められた。この二作は純粋な法史で、歴史法学プロパーを超えたところにある²⁹⁸⁾。

(ウ) アメリカにおいては、1876年にヘンリー・バクスター・アダムズらの『アングロ・サクソン論集』が刊行されたのを契機として(メイトランドに先立つこと10数年である)、続く30年間にわたり、卓越したアメリカの研究者たち(例えば、エイムズ、セイヤー、ボムロイ)は中世の原資料およびコモン・ローの起源(イギリス法史)に関する膨大な文献を、他の法文化(特にローマ法文化)と比較しつつ、主に現在の法のよりよい理解・発展のために発表した。しかしながら、ヘンリー・アダムズ、メルヴィル・ビゲローらは、法制史をそれ自体のために追求し、その作品は後にメイトランドを刺激した²⁹⁹⁾。

(c) ライマンは、ドイツのゲルマニストたち、イギリスのメイトランド、ヴィノグラードフらの若干の学者、アメリカのアダムズとその追随者は、国境を超えた学術関係・影響からして、「初期ならびに中世のゲルマン法とイギリス法に関する顕著な超国家的学者グループ」と見ることができ、(20世紀の初めまで豊かで成熟した状態にあって、高度の質を維持していた)こうした学者グループこそが歴史法学のおそらくは最も長続きする遺産であった、と評している(以上、前掲III. B)³⁰⁰⁾。

(iv) 第三に、歴史法学の方法であるが、歴史法学は具体的・歴史的な事実に基づく「科学」(science)の一形態で、その事実から機能的推論により諸原則を抽出すると理解されていたことから、細部に慎重に注意を払って原資料を研究する必要があった。サヴィニーは『中世ローマ法史』のために各地の古文書館をあまねく訪れて原資料を発掘し、その継承者たちも必ず資料それ自体から研究を進めるようになり、1870年代にアメリカのアダムズとその追随者たちもドイツのアプローチを模倣した(ホームズのような若干の歴史的な法律家は、原資料の研究と二次的文献への大幅な依存を併用し、細部への細心の注意と広範な理

298) Id., 409.

299) Ibid.

300) Ibid.

論化とを結びつけた)。イギリスでは、状況は全く異なり、メイトランドとヴィノグラードフを除けば、原資料の発掘には——メーンもブライスも——ほとんど関心がなかった。

モノグラフと論文の執筆に加え、歴史的な法律家たちは膨大な原資料を編集・公刊することで大きく貢献した。これもまたドイツの研究者が先導し、1819年に始まる *Monumenta Germaniae Historia* の野心的プロジェクトなどを挙げることができる。1870年代にはコモン・ロー法律家もこれに従い（英のスタッフス、米のビゲローら）、1887年にはメイトランドがセルデン協会を創立して、その援助のもとで多数の原典を編集・出版した（以上、前掲 III. C）³⁰¹⁾。

(4) 歴史法学は純粹にアカデミックなものではなく、法伝統のアイデンティティのために闘い（法の根源のための闘い）、法創造・立法権力（lawmaking power）の配分について考察し、法の進化的観点からレッセフェール政策を支持する、という政治的含意（implications）を有していた³⁰²⁾。

(i) 英米独における歴史法学は、19世紀の大半にわたり、自国の法伝統の本質的性格が自生のもの（indigenous）であるのか、それともローマ的であるのかを論じた。

(a) ドイツでは、そもそもローマ法が影響を及ぼしたかどうかを越えて、ローマ法の影響が及んだ正確な範囲と（私法の領域ではローマ的要素が支配的だが、会社、銀行、有価証券などの現代法の重要な要素はゲルマン起源である、とゲルマニストは主張した）、ローマ的影響の望ましき（ゲルマニストは、ローマ法の継受は法を学識法曹に委ね、人々から法を遠ざけたとし、ゲオルク・ベゼラーはかかる継受を「国家的災厄」とであると非難した）がロマニストとゲルマニストとの間で争点となった。ロマニストは専制君主制および抑圧的官僚制と結びつき、ゲルマニストは共和政体ではないにしても近代的 constitution を求めたため、両者の議論は政治的性質を帯び、1848/49年革命の間に両派の衝突が明白となった。後にドイツ民法典が起草された際には、指導的ゲルマニストであったオットー・フォン・ギールケ（1841-1921年）は、「ドイツ民法典第一草案はローマ法の過度の個人主義を具体化し、土着のゲルマン的伝統のより偉大な社会的・

301) Id., 410.

302) Id., 411.

団体的要素を欠いている」と批判した³⁰³⁾。

(b) 英米では、主たる争点は「コモン・ローは重要な点でローマ法の影響を受けて形成されたのか、それともコモン・ローは本質的に土着・自生のすなわちアングロ・サクソンの布地から切り抜かれたのか」という、より基本的なもので、議論の政治性はドイツほど顕著ではなかった(イギリスでは、コモン・ローのチュートンの起源を主張することは、「政治的自由と日常的に結びついたより広い文化の真のイギリス性」を肯定し、「政治的抑圧と結びついた中世のノルマンの侵略と支配」に対抗する意味があった。アメリカにおいては、英米の伝統のチュートンの起源は、「州および連邦レベルでの政治権力の集中化に反対する草の根からの意思決定を再び主張する」ことであり、「極めて大衆的で過度にロマンティックな歴史観においては、チュートン的な森の自由人評議会から、ニューイングランドのタウンシップ・ミーティングまで、一本の直線が引かれたのである」。さらに、イギリスのルーツを肯定することには人種的な含みがあり、非ゲルマン的地域からの移民の波の脅威に対するアングロフォン・エリートの反動でもあった)³⁰⁴⁾。

19世紀の初頭および中葉には、トラストのような中心的なコモン・ロー概念がローマ起源であると指摘されていたが、1870年代から、こうしたコモン・ローのロマニスト的見解に対してホームズを代表とするアメリカの歴史的法律家たち(historical jurists)が批判を加え(その『コモン・ロー』は、英米の伝統のルーツを広い視野で描き、ゲルマン的ないしチュートン的である、と論じた)、アメリカにおける多数派となった。メイトランドも、イギリスにおけるローマ法の影響は散発的で限られたものである、とするスクラットンの見解に基本的には同意しつつ、なぜ大陸法スタイルの全面的な継受がイギリスでは生じなかったのかを説明し、(しかしながら、それが直ちに「チュートン的」であることは意味せず)イギリス法は多様な外国の要素を吸収し、独自の制度と性格として発展したのである、と主張した(以上、前掲IV. A)³⁰⁵⁾。

(ii) 歴史法学は、法の本質的性格は長く続く歴史的進化の産物であるところにあるから、分析法学者が宣言したような主権者の命令ではなく、立法者のアド・ホックな意思・権能を大きく超えているとして、制定法による法創造(立

303) Id., 411-412.

304) Id., 412-413.

305) Id., 412.

法)に対して懐疑的ないし敵対的であった。サヴィニーもジェームズ・クリッジ・カーターも、彼らの同時代人と同様に、法典化は法の歴史的性格と根本的に調和しない(単なる現状の法典化でさえ、法の自然的成長を妨げるがゆえに有害である)と説いて、これに反対し、成功を収めた(サヴィニーは19世紀初頭にドイツ民法典に対し、カーターは19世紀末にニュー・ヨーク州民法典のプロジェクトに対して抵抗した)。

歴史法学派のこうした反制定法的態度(特に私法の分野で法創造の道具としての制定法を排除した)には、①法律学的根拠と②専門的(プロフェSSION的)根拠とがあり、前者(①)は、本質的に慣習の形態としての法は人々のhabitから生ずるもので、社会の真の要請を自動的に反映するから、立法による介入は有害であるし、法は立法により歪められるべきでない統一的で調和のとれた有機的総体である、とした。後者(②)は、法は歴史の産物なので、その探求、洗練、発展は法学に属し法学者(大陸では特に法学教授、英米ではベンチとバーの構成員)に委ねられるが、立法者は学問的資格によってではなく政治的に選抜されたので、この職務には適さない、というものである(以上、前掲IV. B)³⁰⁶⁾。

(iii) 歴史法学は、急激な変革よりも緩やかな進化・過去との継続性を好むという意味で本質的に保守的であり(ただし例外的にホームズとメイトランドは法的変化に対し極めてオープンであった)、私的事項に対する国家的規制に対して嫌悪を抱いた(それもまた前述(ii)のように立法に対する歴史的な法律家の敵意を激化させたのである)。歴史法学は19世紀の古典的リベラリズムと提携し、サヴィニーは運動の初期にヨーロッパ大陸の啓蒙君主制のパターナリスティックな伝統に抵抗したし、特に英米では、メーンの「身分から契約へ」に見られるように、放置しておけば自動的に自由な秩序へと発展すると信じられていた。現状維持への偏向は社会経済に対するレッセ・フェールの態度をもたらし、ドイツのロマンストたちは、古典ローマ法に立脚しつつ自由市場社会に有利な仕組みを創造し、英米の法律家はコモン・ローを資本主義経済に適正なレジーム(強固な財産権、広汎な契約の自由、産業上の事故のための制限的不法行為責任)として提示した。例外はあるものの、アメリカにおける歴史的な法律家の多くにとって、社会と市場は国家によってではなくアダム・スミスの「見えざる手」に

306) Id., 413-414.

よって、最もよく指導されるものであった(以上、前掲IV. C)³⁰⁷⁾。

(5) 最後に、ライマンは結論として、法史学・法制史の手段化・道具化(instrumentalization)に論及する。

「歴史法学は、1880年代と第一次世界大戦との間に次第に消え失せていった。1914年以後も若干の注目すべき刊行物は見られたが、それらは余波であって、ほとんどが初期の作品を集めたりリプリントしたものであった。1920年代までには、歴史法学は法制史・法史学となった」。歴史法学が衰退・崩壊した理由には、各国特有のものと、共通のより深いものが存在した。まず各国特有の理由として、ドイツでは、イエーリングが歴史法学を痛烈に批判し、法律学を社会学的方向に推し進める一方で、1900年のドイツ民法典の制定が私法を過去から大幅に切り離した。イギリスでは、1906年にメイトランドが死去し、後継者は養成されていなかった。アメリカでは法思想はプラグマティズムへと転換し、イエーリングの影響を受けたロスコー・パウンドのリーダーシップのもとで社会学的法律学が生まれた。さらに、第一次世界大戦が英米独の法学者間の協力を終わらせた。

三国に共通の理由として、歴史法学は、後ろ向きの法観念ゆえに、20世紀の規制国家の前向きな改革のアジェンダとは調和せず、科学としての法を専門家に委ねる点で本質的に非民主的であったことから、立法者による法創造過程とは両立しないものとなったのである。法の歴史は、工業化、労働紛争、都市化の諸問題を解決できず、法史学者たちは純粹に歴史的な方向へと向かった。その結果として、本来の法的歴史記述(legal historiography in its own right)が生き残り、次第に歴史法学からは分離していった³⁰⁸⁾。

歴史法学からは、「現代の実用的目的のために歴史的作業を手段化・道具化することが、本来正当であるのか」という問題を見て取ることができるが、これは1990年代にヨーロッパ共通私法をめぐることで再度出現した。すなわち、ラインハルト・ツィンマーマンらが近代初期普通法の遺産を基礎にヨーロッパ私法を構築することを提案した際に(歴史法学の伝統の復活、手段的アプローチ)、より伝統的な法史学者たちがそのような法史学の道具化に激しく抗議した(法

307) Id., 414-415.

308) Id., 415-416.

史学に対する純粋主義者のアプローチ)。

「今日のコモン・ロー世界においては、それ自体のために追求される法史学は現代の実務に貢献する法史学を排除してはこなかった、ということを指摘しておくのは興味深い。なぜかといえば、ヨーロッパ大陸の同朋たちとは対照的に、コモン・ロー法律家はいまなお歴史的な用語で現代法について考えることが多いからである。すなわち、法は現在の立法ないし司法的意思の所産であるのみならず、長い伝統の産物でもある。それゆえ、コモン・ロー法律家にとって過去は現代法の単なる背景ではなく、しばしば不可欠の一部なのである。この意味で、実用的目的のために法史に頼ることは不可避であり、純粋にアカデミックな探求としての法史と両立している」。すでにメイトランドは、歴史的作業をする際に「二つの異なった論理、すなわち権威の論理と証拠の論理とを混同してはならない。法律家が欲するのは、彼の地位のための権威である。歴史家が欲するのは過去の現実の証拠である」と述べ、歴史法学の多くはこの両者を混同する誤りを犯しやすいが、この誤りをもし回避できれば、歴史法学風的手段化されたアプローチは、実用的功利性とは無関係な純粋主義的アプローチと平和共存しうる、と指摘していた。今日の法創造と法実務に、純粋にアカデミックな法史学がどのように貢献できるかは、全く別の問題である(以上、前掲V)³⁰⁹⁾。

3. 「『いろいろなものを出して見せれば、何かが誰かの好みに合う』 ——コモン・ロー世界におけるサヴィニーの翻訳とサヴィニー像」

(1) 表題の「いろいろなものを出して見せれば」云々(Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen)は、ゲーテ『ファウスト』冒頭の「舞台でのリハーサル」の文句で(手塚富雄の訳文による)、ライマンのこの力作はリュッケルト／ドゥーヴェ共編の論集『国際的なサヴィニー?』(2015年)に収録されている³¹⁰⁾。構成は以下の通りである。

309) Id., 416-417.

310) Reimann ②, 49. この題名は、『ファウスト』の「舞台でのリハーサル」における「座長」の次の科白の一部である。

「大衆という数を引きまわすには数でゆくにかぎる、
そうすれば奴さんたちはめいめい自分の気に入るものを選び出す。
いろいろなものを出して見せれば、何かが誰かの好みに合う、
それでひとり残らず満足して家へ帰ってゆくというわけだ」(手塚富雄訳)。

序. コンテキストの中のサヴィニーの翻訳

I. 翻訳——10 の作品

- A. 誰が, 何を, いつ, どこで——広範な多様性
- B. 時間的および空間的フレームワーク——明確な限界
 - 1. 時間的限界——短い19世紀
 - 2. 場所的限界——連合王国

II. 肖像——8人のサヴィニー

- A. 七つの個別の場合——英米の見地からするサヴィニー
 - 1. 法理論家——歴史的現象としての法
 - 2. 歴史家——法史の機能と方法
 - 3. 体系家——論理的秩序としての法
 - 4. ドグマティカー——実用的道具としての法
 - 5. 法典化反対論者——慣習としての法
 - 6. 国際私法学者——法律関係の本拠
 - 7. 学問の君侯 (Fürst) ——サヴィニーの「学識と天才」
- B. 全体像——リーガル・サイエンスとしての法

結語——コモン・ロー世界におけるサヴィニーの忘却と再発見

その「序論」(「コンテキストの中のサヴィニーの翻訳」)は,「サヴィニーの著作の翻訳(英訳)は,ドイツ語圏外でのその影響史の重要な部分であって,それゆえ徹底的な研究に値する。しかしながら,それはまさしく一部に過ぎない。それゆえ,その影響についての誤った評価(そして特に過大評価)を避けるために,個別的に取り組む前に,より広いコンテキストを意識しなければならない」と注意を喚起する。したがって,サヴィニーの英訳は,まず①原語のサヴィニーの著作およびサヴィニーに関する二次的文献(歴史法学派に関する論文や英語の法理学の著作)との共同作用の中でとらえられるべきこと(19世紀後半には,コモン・ローのエリート法律家はドイツ語に通じており,直接ドイツ法学に接することができた。ただし,その大半は二次的文献からサヴィニーに関する知識を得たため,実りある再解釈や誤解を生んだ),さらに②英米におけるより広い知的・文化的コンテキストと関連させてとらえられるべきこと(英米でのサヴィニーへの関心は,リーガル・サイエンスとしての19世紀ドイツ法学・法思想への強い関心の一部であり,当時世界的名声を博していたドイツ学界——歴史研究や

考古学のみならず、自然科学にまで及ぶ——の代表者に対する関心でもあった)、を指摘する。

この論稿でライマンは、まず第一に、10篇のサヴィニーの英訳を分析し、第二に、英訳に反映されたサヴィニー像を提示して、サヴィニーがコモン・ロー世界においても多様な形姿を示していたこと(「何かが誰かの好みに合う」[ゲーテ])を明らかにし、第三に、結論部分で、近時の極めて重要なアメリカの法学者によるサヴィニーの再発見に言及する³¹¹⁾。

(2)(i) 本論稿の「I. 翻訳」の章では、「サヴィニーは10年以上にわたって繰り返し翻訳され、最終的にはほとんど全ての主著が英語で出版された唯一のドイツ語圏の法学者であった」と位置づけたうえで、まず発表順に「誰が、何を、いつ、どこで」翻訳したかを解説し(彼の生前に5作、没後に5作が訳されている)、次いで時代的・空間的範囲の一般的考察を加える³¹²⁾。英訳された作品名、刊行場所、出版年は次の通りである([]内は訳者ないし著者)。

- ① On the Present State of German Universities (London, 1803) [Henry Crabb Robinson]
- ② The History of Roman Law During the Middle Ages (Edinburgh, 1829) [Elias Cathcart]
- ③ Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence (London, 1831) [Abraham Hayward]
- ④ Analysis of Savigny's Treatise on the Law of Possession (Boston, 1838) [Luther Stearns Cushing]
- ⑤ Von Savigny's Treatise on Possession (London, 1848) [Sir Erskine Perry]
- ⑥ System of the Modern Roman Law (Madras/Indien, 1867) [William Holloway]
- ⑦ A Treatise on the Conflict of Laws (Edinburgh & London, 1869) [William Guthrie]
- ⑧ An Epitome and Analysis of Savigny's Treatise on Obligations in Roman

311) Id., 49-50.

312) Id., 51-52.

Law (London, 1872) [Archibald Brown]

⑨ Jural Relations (London, 1884) [William Rattigan]

⑩ Possession in the Civil Law (Calcutta, 1888) [James Kelleher]

これを整理すれば、『占有権論』(Das Recht des Besitzes, 1803)の英訳(⑤)と要約(④⑩),『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1804)の第二版(1828年)の英訳(③),『中世ローマ法史』(Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, 1815-1831)の第一巻(1815年)の英訳(②),『現代ローマ法体系』(System des heutigen Römischen Rechts, 1840-1849)第一巻(1840年),同第二巻(1840年),同第八巻(1849年)の英訳(それぞれ⑥⑨⑦),『現代ローマ法体系の一部としての債務法』全二巻(Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, 2Bde., 1851-1853)の要約(⑧),となる。①は数ページの小品である。

(ii)(a) ライマンは各翻訳に詳細なコメントを付している。例えば、エディンバラで刊行された②の『中世ローマ法史』の英訳は、「明確な法学的・政治的関心を伴った専門的経験の豊かな翻訳者」すなわちヨーロッパ大陸(ライデン)で学び、両法博士の学位を得た混合法の法律家であるエリアス・キャスカートによるもので、その序文に示されているように、「彼にとってはサヴィニーの継続性のテーゼが何よりも重要であった。すなわちキャスカートは、サヴィニーの第一巻の英語版を公刊することで、ローマ法の影響はイングランドにおいても中世を通じて一貫して維持されたことを示したかったのである。その背後には、連合王国における大陸の法的遺産を強調し、コモン・ローの単独支配の主張に対抗しようとするスコットランドの法律家の法政策的関心が存在したのである」³¹³⁾。

(b) ③の『使命』の英訳は、「単に法学的関心のみではなく、文学的・一般教養的関心にも基づき」、「法の哲学に関心のある全ての同朋」に向けられたもので(同訳書序文)、「英語圏で最もよく読まれ、最もよく引用され、最も影響を与えたサヴィニーの翻訳である。このことは、最近においてすらたびたび新装版が刊行されていることから明らかである」。訳者のエイブラハム・ヘイ

313) Id., 53-54.

ワードは、ロンドンのリンカーンズ・インの弁護士（のちに勅選弁護士）であり、法理論に造詣が深い一方、当時のイングランドにおいて最も著名なジャーナリストでもあった。すなわち、彼はサヴィニーが法の研究は実定法規の無味乾燥な研究である必要はないとして、法律家の日常業務を超えたところで法の理論を発展させたことに魅了され、法典化運動に反対したことをコモン・ロー法律家として重視しただけではなく、『使命』論文を法律書にとどまらない（当時のイングランドでは、カーライルのエッセーとゲーテの英訳で知られていた）ドイツ文学の一部として文学的好奇心から翻訳したのである³¹⁴⁾。

(c)(ア) ④の『サヴィニーの占有権論についての分析』は、民事法学における彼の名声を決定づけた『占有権論』第五版（1827年。初版は1803年刊）のヴァルンケーニヒによるフランス語での要約（フランスの *Thémis* 誌に掲載）を、ハーヴァード・ロー・スクールでローマ法を講じていたルーサー・スターンズ・カッシングがさらに英訳し、ボストンで雑誌に掲載した翌年にエディンバラで刊行したものである。コモン・ローにはこのように実務的かつ重要なテーマにつき著作が存在しなかったので、「ローマ法の研究者のみならずコモン・ローの実務家にも」役立つように、この作品はサヴィニーの著作の概観とその占有理論の要約を収めている³¹⁵⁾。

(イ) また、『占有権論』の全訳である⑤はインドで訳出され、その訳者サー・アースキン・ペリーは、ミュンヘンで学び、ボンベイ最上級裁判所の首席裁判官ならびにインド評議会のメンバーとして、植民地統治の代表者となった人物である。ペリーは、東インド会社のために司法活動に携わっている（ローマ帝国の属州総督に比較しうる）全ての人に本訳書を捧げ、インドにおいて裁判官と司法官僚が公的な安寧秩序を維持するためには、古典ローマ法の占有および占有保護についての基本的理解が極めて役立つ（普通法学のタームである占有は、コモン・ローの実務的問題も解決できる）はずである、としている³¹⁶⁾。

(ウ) 一連のサヴィニー翻訳の最後のテキストである⑩『シヴィル・ローにおける占有——フォン・サヴィニーの体系書からのアプリッジ版』は、カルカッタで1888年に出版された『占有権論』の要約であり、訳者のジェームズ・ケ

314) Id., 54-55.

315) Id., 56-57.

316) Id., 57.

レハーはインドの裁判官であるとともにベンガル公務員局のメンバーであった。ケレハーは訳書の序文の中で、インドにおける占有権の実務上の重要性、その原則を理解することと明解なターミノロジーの必要性を強調し、40年前に刊行されたペリーの翻訳は、サヴィニーのテキスト自体がローマ法の技術的細部を詰め込みすぎていること、ペリーが難解なドイツのスタイルにこだわっていることから、インドでは現実には受容されなかったと説き、サヴィニーの占有論の実務上利用しやすい解説が必要となったとするのである（同じ1888年に、ポロック／ライト『コモン・ローにおける占有』がイギリスで刊行され、事情は変化した）³¹⁷⁾。

(d)(ア) ⑤の『占有権論』英訳刊行のほぼ20年後（サヴィニーは既に1861年に没している）の1867年に、同じくインドで『現代ローマ法体系』第一巻の英訳⑥が出版された。訳者のウィリアム・ホロウェイはマドラス高等法院裁判官、大学副事務局長であり、イングランドで比較法学（comparative jurisprudence）を学んで得られたローマ法とヨーロッパ大陸法の知識を、植民地裁判官として下した判決において活用した。「サヴィニーのローマ法の主著を翻訳することは、決して遠い過去のことではなかった。まさにこの時代には、イギリスの（そして一部だがアメリカの）法律家は、コモン・ローの起源を求めてローマ法の価値を熱心に問うたのである。そして、ローマ法学の領域では、英米の観点からすればサヴィニーは全ての基準（das Mass aller Dinge）であった」³¹⁸⁾。

(イ) 19世紀後半にイギリスにおいてローマ法への関心が極めて高まったのは、『現代ローマ法体系』第二巻の英訳⑨が、『法律関係論』という表題で1884年にロンドンで刊行されたことによる（ただし翻訳自体はインドにおいてなされた）。訳者のウィリアム・ラティガンはロンドンのリンカーンズ・インのバリスターであるとともに、インドのパンジャブ大学のフェローでもあり、既に1873年にサヴィニーに依拠した著書 *De Jure Personarum: or A Treatise on the Roman Law of Persons* を刊行していた。ラティガンによれば、この第二巻は『体系』全体の中で最も技術的でドライな素材を対象としているが、「この種のドイツの意味でのドグマティークはコモン・ロー法律家一般には縁遠い

317) Id., 62.

318) Id., 58.

こと」, それにもかかわらず, 「当時のイングランドでは, サヴィニーが高度に発達した形態で実現したこのような分析的な出発点に対して, 相当な関心が寄せられていたこと」を彼(ラティガン)は意識していた, とライマンは指摘する³¹⁹⁾。

(ウ) 『現代ローマ法体系』の先行する巻とは異なった内容の, 国際私法・抵触法を論じた第八巻の英訳⑦『抵触法論』は, 1869年に(⑨に先んじて)エディンバラとロンドンで刊行された(ライマンは, この第八巻は本来のローマ法ではなく, 「法律関係についての法的ルール of 支配」の空間的および時間的次元を研究するもので, それまで支配的であったスタチュートの理論を克服することによって現代国際私法の基礎を築き, 世界的に極めて大きな影響を及ぼした, と位置づける)。訳者のウィリアム・ガスリーはスコットランドの弁護士で, 版を重ねたスコットランド法のスタンダードワークの改訂者でもあって, 英語圏の読者に当時の国際私法の代表的著作を紹介する目的でなされたこの翻訳は, 1880年に(バルトルスらの古典からの抜粋, サヴィニーのメモワールと小伝を付録とする)第二版が刊行されて顕著な成功を取めた。ガスリーの詳細な序文は, サヴィニーのいう(彼の国際私法の重要な出発点である)法律関係・法制度についての説明と, その法生成論・法原論の簡潔な要約を含み, サヴィニーの法思想を学ぶのに有益である³²⁰⁾。

(e) 1872年にロンドンで刊行された, サヴィニーの晩年の債務法の著作の要約と解説である小冊子⑧『サヴィニーのローマ債務法論の概要と分析』も, 『占有権論』『現代ローマ法体系』と同様にイングランドにおけるロマニストとしてのサヴィニーの名声を示す。著者のアーチボルド・ブラウンは, ロンドンのイナ・templの勅選弁護士であるとともに, ローマ法の教育を受けた, オックスフォード大学のシヴィル・ロー研究のチューターでもあり, 法学士(Bachelor of Civil Law)試験の準備のための手引書として, サヴィニーの債務法を覚書風に叙述したのがこの小冊子である。ローマ民事法研究に役立つ書物として今日に至るまで繰り返し刊行されているが, 英米法に対するローマ法の影響は大幅に減少・枯渇していったため, 本書が「より一般的にリーガル・プロフェッションに役立つように」というブラウンの希望は満たされなかつ

319) Id., 61-62.

320) Id., 58-60.

た³²¹⁾。

(3) ライマンは、以上のサヴィニーの英訳ないし英語による要約が、全て19世紀に、その大半が連合王国内で出現している（時間的・空間的フレームワークの）理由を次に検討する。

(i) まず時間的限界である。歴史学における「長い19世紀」（1789年のフランス革命から1914年の第一次世界大戦の勃発まで）に比べ、サヴィニーの英訳は1803年のドイツ大学論の翻訳に始まり、1888年の『占有権論』の要約に終わる「短い19世紀」と観念できる、とライマンはいう。サヴィニーへの真摯な関心は1830年前後にコモン・ロー世界に生じ、『中世ローマ法史』（1829年）、『使命』（1831年）、『占有権論』の最初の要約（1838年）、同書の完訳（1848年）が刊行されたが、その理由は、従来実務志向であったコモン・ローの学問的研究、アカデミックな法教育への関心が次第に高まり、コモン・ロー法律家のローマ法（とヨーロッパ大陸におけるローマ法の発展への）志向が強まるとともに、当時はイングランドで法典化を含む法改革が激しく論じられたからであった³²²⁾。

この一連の英訳は、『現代ローマ法体系』第二巻の翻訳と、『占有権論』の新しい要約（1888年）で終わる。ライマンによれば、英米のパーспекティヴからして特に興味深い文献の英訳作業が完了したことに加え、①サヴィニーの死後10数年が経過して、19世紀後半のドイツ法学は、イエーリングの登場、法民族学への志向、ドイツ民法典研究の開始によってパラダイム転換を経験していたこと、②イギリスのメーン、ポロック、分析法学、アメリカのラングデル、ホームズが独自の法理論を発展させ、コモン・ロー法律家のサヴィニー思想への関心が衰えたこと、③ローマ法はますます歴史化され、メイトランドによってイギリスの法発展に対してローマ法が有する意義の限界が指摘されたため、コモン・ローにおける重要性を失ったこと、④19世紀末に英米において法典化運動が挫折し、アクチュアルなテーマではなくなったことが、この時期で翻訳が途絶えた理由である³²³⁾。

321) Id., 60.

322) Id., 63-64.

323) Id., 64.

(ii) 次に場所的限界である。サヴィニーの英訳は主に連合王国（イングランド、スコットランド）およびインド（そこでの翻訳者は全てイギリスの植民地法曹であった）でなされた。スコットランドはシヴィル・ロー（オランダ学識法すなわちローマ法）の強い影響下にあり、(1707 年以降は連合王国の一部として次第に混合法となっていったが) 私法におけるローマ法伝統は 19 世紀になっても持続し、ローマ物権法・ローマ債務法が弁護士資格取得のための必修専門科目であった（したがって、スコットランドの翻訳者にとって、彼の同時代人がローマ法史、ロマニストの国際私法学に接することができるようにするのは当然のことであった）。イングランドのコモン・ローに対してスコットランド人が自己主張をする場合に支持してくれる、ローマ法における同志がサヴィニーであった³²⁴⁾。

インドにおける翻訳・要約は、現地の大学における教育に利用され、占有権論は現地で裁判実務に必要であった。植民地官吏として、翻訳の時間も豊富に存在した。また、イギリスの植民地であるインドにおいては、植民地法曹はコモン・ローの適用が自明であるとは考えず、イングランドから遠く離れた環境で判決により高い正当性を付与するために、ローマ法の諸原則とルールを適用したし、副大陸では多くの（輸入または土着の）法秩序の矛盾に直面したことから、コモン・ローには欠けている一般法理と決定的原理が必要となり、一般的妥当性を約束するとともに現地の紛争解決に利用できる理念と概念の道具一式を備えたドイツのローマ法学が注目を集めたのである³²⁵⁾。

ライマンは、アメリカにおいてサヴィニーの翻訳がほとんどなされなかった理由を説明するのは非常に難しいとしつつ、①翻訳作業が他国でほぼ完了した 19 世紀後半によくサヴィニーへの関心がアメリカで高まったこと、②当時はイギリスに匹敵するだけの大学が存在せず、外国の法学文献の紹介を使命と感ずるような学識法曹がいなかったこと、③イギリスに比べてローマ法学の普及度が低く、コモン・ローにとってローマ法学が持つ歴史的意義についての議論も乏しかったこと（それゆえ、少なくとも『中世ローマ法史』と『現代ローマ法体系』はあまり重要ではなかった）、④急速に工業化され、西部に拡張された慌しい新世界では、翻訳のための余裕に乏しかったこと（ドイツ語の知識も 19 世紀後半に広がった）を指摘している³²⁶⁾。

324) Id., 64-65.

325) Id., 65-66.

以上が本論文の第一部であり、続く第二部では、これらの英訳に反映された多様な(七つの)個別のサヴィニー像と、それらを総合したありうる全体像とを検討する。

(4) サヴィニーは英訳において非常に多様な姿を示すので、コモン・ロー法律家のさまざまな読書グループに訴えかけ、19世紀に切迫していると感じられた広範な法理論的・法政策的・法実務的要請を満たすために彼らを助けることができたのである、とライマンは第二部「肖像——8人のサヴィニー」を始めている³²⁷⁾。

(i) まず、「法理論家——歴史的現象としての法」である。コモン・ロー世界では、サヴィニーは、広く読まれたヘイワードの『使命』英訳によって歴史法学派の創始者・指導者さらに法理論の代表者として知られていた。①一般的に法の理論(法の発展、性格、源泉[Quellen]に関する一般的考察)を提示したこと、②その理論が英米の法伝統に極めて良く適合した諸理念の結合であり、時代の雰囲気(イギリスにおいてはロマン主義)にぴったりと合っていたこと、③それゆえサヴィニーは英米の読者にイギリス人が本来有していたはずのコモン・ローの魅力的な理論を提供できたこと、がコモン・ロー法律家に高く評価されたのである。①については、19世紀に中世の令状制度と訴訟形式の伝統的構造が次第に崩壊していったため、それまで実務志向的なコモン・ロー法律家に欠けていた法の起源・性質などについての根本的な再考が必要になった、とライマンは指摘する。②については、「特にイギリスの法律家は、これらの理念と容易に一体化することができた。すなわち、歴史的発展の産物としての法という考え(先例拘束性のシステムに既に内在していた)。民族(フォルク)の慣習から法が生成するという理念(慣習としてのコモン・ロー)。法の根源的な特徴は国民の文化全体によって与えられるという理念(イギリスの国民性の表現としてのコモン・ロー)。養成されたエリートによる法の管理というテーゼ(ベンチとバー)。そして、後には、(生物学の発展による)法の有機的発展という観念。これらのサヴィニーの理念の全てが、さまざまな根本的変革で知られたヨーロッパ大陸の法世界よりも、伝統を意識し、まさしく歴史に隷属してい

326) Id., 66.

327) Id., 67.

るコモン・ローによりよく適合したといえることができる。さらに、サヴィニーの保守的態度は——理性法およびラディカルな変革に対する反感を全面的に共有していたために——コモン・ロー法律家の基本的態度と対応していた。要するに、コモン・ロー法律家の基本的態度は、サヴィニーの保守的態度と同様に、革命の代わりに進化 (Evolution) を信頼したのである」³²⁸⁾、とライマンは分析している。

(ii) 第二の肖像が、「歴史家——法史の機能と方法」である。歴史学派の創始者たるサヴィニーを、同時代のコモン・ロー法律家に対して「歴史家」として示したのは、とりわけ『中世ローマ法史』のキャスカートによる英訳であった。ライマンは、英米圏における法史研究にとってサヴィニーが有した意義を、①歴史的法律学 (geschichtlichen Rechtswissenschaft) に方法論的基本観 (methodisches Grundverständnis) を与えたこと、②ローマ法史研究の専門領域における権威であったこと、③コモン・ロー世界において最もよく知られたドイツの法史研究の代表者であったこと、④サヴィニーの歴史家としての意義は、英米において指導的なものとして通用した、当時のドイツ歴史学全体の発達との関連でとらえられるべきこと、の四点にあるとしている³²⁹⁾。

①の基本観とは、法は歴史的に生成するものとしてのみ理解できるという信念で、そこから「各個の与えられた素材をその起源まで追求し、その有機的原則 (sein organisches Prinzip) を発見する」という厳密な歴史的方法が生まれた。現行法の起源を、現代にいたるまでの発展を突き止めるために追体験する、というこの基本観は、19世紀後半の歴史的志向を有する英米「古典法学」によって継受された。ただし、歴史法学派と英米古典法学とは目的が必ずしも同一ではなかった (前者は現代に通用する法の根本原則を分別することをめざし、後者は法発展の認識によって過去から解放され、公正かつ意識的な現代法を形成しようとした)³³⁰⁾。

②については、19世紀の英米においてローマ法史は重要な役割を担っており、法曹養成の基礎および実用的な紛争解決のためのアイデアの貯蔵庫として、ローマ法に一般的な関心が寄せられていたし、コモン・ロー法律家が自己

328) Id., 67-69.

329) Id., 69-72.

330) Id., 69-70.

の法はローマ起源かゲルマン起源かを熱心に論ずるようになったので、ガイウスの『提要』の発見者であるサヴィニーの『中世ローマ法史』は格別の名声を博し、英訳者であるキャスカートは、その第一巻の「継続性のテーゼ」(Kontinuitätsthese)に依拠して、コモン・ローのローマ起源を主張した³³¹⁾。

③については、19世紀におけるドイツの法史研究はコモン・ロー世界では「万物の基準」(das Mass aller Dinge)で、特にドイツの法源研究の徹底性と既述の細部の精密さが讃えられ、サヴィニーは歴史法学派の中心としてその代表者・指導者と見られていた(イギリスにはそれに対抗できるような研究は存在しなかったが、1880年代以降メイトランドの登場により状況は変化した)。ただ、19世紀後半の英米の法史学者は、ドイツのゲルマニステンの仕事に圧倒的関心を寄せ、キャスカートらに対抗してコモン・ローのゲルマン的起源を示そうとした³³²⁾。

④についてライマンは、サヴィニーは、ニーブールとの協働によって、ローマ史のドイツ的研究の代表者として周知の存在であったが、その水準は半世紀後にモムゼンが更新したこと、しかしながら英米の見地からすれば、一般的に「学識の女王」(regina scientiarum)としての批判的歴史研究の共同創始者であり、一方ではドイツ歴史学の名声を高め、他方ではその歴史学によって自己の名声を高めて、それは一世紀にわたって衰えなかったことを補足している³³³⁾。

(iii) 第三の肖像が、「体系家——論理的秩序としての法」である。『中世ローマ法史』の英訳からほぼ半世紀後に、コモン・ロー法律家は、『現代ローマ法体系』の最初の二巻の英訳(1867年・1884年)および『債務法』の要約(1872年)によって、「体系的方法」を主張する全く別のサヴィニー像に接する。その方法の本質は、「個々の法概念と法的ルールを一つの大きな統一体へと結びつける内的関連性ないし類縁性(Verwandschaft)を認識し、かつ記述すること」であった³³⁴⁾。

コモン・ロー法律家が19世紀に秩序への強い欲求を抱いていたことから、こうした「法的素材に一つの概念的・論理的秩序をもたらし理念」は19世紀後半の英米法思想に大きな影響を及ぼすこととなったのであって、イギリスの

331) Id., 70-71.

332) Id., 71-72.

333) Id., 72.

334) Id., 72-73.

読者層をこうした体系的な素材処理のモデルにアクセスしやすくしたサヴィニーの『現代ローマ法体系』の(ホロウエイとラティガンによる)英訳は非常に時宜にかなっていた。すなわち、19世紀には、コモン・ローの古い構造(中世の訴訟方式と令状制度、コモン・ローとエクイティ)の崩壊、(特にアメリカの連邦制のもとでの)ケース・ローの爆発的な増大、改革立法による慣習的原則の相対化によって、「無秩序に慣れたコモン・ロー法律家をも脅かすカオス」が生じ、法の体系化が不可欠となっていたのである³³⁵⁾。

英米において体系化のためのモデルとされたのが、自然科学(特に生物学における分類など)と、サヴィニーを代表とするドイツ・後期パンデクテン法学であった。「サヴィニーは、『現代ローマ法体系』の叙述において、『体系的方法』が素材の支配をどのように可能とするかを、その叙述の明確な秩序と概念的緻密さで印象深く証明したのである」。ドイツ・パンデクテン法学とりわけサヴィニーのモデルは、概念法学的・体系的志向が強い——ベンサムの合理主義を基礎とし、その確立者であるジョン・オースティンがコモン・ローに合理的体系を与えようとした——イギリス分析法学の全盛期における代表者たち(マークビー、ホランド、エイモス、やや限定的ではあるがボロック)に歴然たる影響を与えた³³⁶⁾。

アメリカにおいても同様にコモン・ローの秩序化が必要であったが、ここでのサヴィニーおよびドイツ・パンデクテン法学の影響は、ほとんどが分析法学を通じて間接的に作用したもので、さらに自然科学モデルのような他の要素と混ざり合って影響を与えたために、あまり明確ではなかった。また、論理的体系としての法という信仰は多くの抵抗に遭い、ホームズの主著『コモン・ロー』はドイツ・パンデクテン法学の影響に対する闘争文書であった。ホームズにとってサヴィニーは「抽象的カテゴリーと過度の体系信仰にふけり、そのことによって現実との関連性を失った理想主義的法律学の象徴」、体系的方法の恐ろしいサンプルであった³³⁷⁾。

(iv) 第四の肖像が、「ドグマティカー——実用的道具としての法」である。サヴィニーは、『使命』論文において「指導的諸原則」(die leitenden Grund-

335) Id., 73.

336) Id., 73-74.

337) Id., 74-75.

sätze) を解明することの重要性を強調し、『占有権論』および『現代ローマ法体系』ではそうした諸原則によって現代民法の諸問題をどのように解決できるのかを示しており、そこでは(コモン・ロー法律家に対して)ローマ民事法および現行ドイツ民事法のドグマティカーとしての肖像が表現されていた³³⁸⁾。

ライマンは、「指導的な英米の法律家は、彼らの『サイエンス』においては指導的諸原則の巨匠が重要である、と確信してサヴィニーに従ったのみならず、むしろサヴィニーの作品の中に、ローマ法を法律問題を克服するための実用的道具に変えるドグマティッシュな概念(Figuren)の豊かな宝を見出したのである」と述べて、具体的には、①(特に19世紀イギリスにおいて)サヴィニーのローマ民事法のドグマティークによって若い法曹に問題の明晰な分析、明解な概念による思考、矛盾ないし解決の発見を教育できたこと、②特に占有権の分野でドグマティカーとしてのサヴィニーは大きな影響を及ぼしたこと、③サヴィニーは契約法の領域においてもドグマティカーとしての相当の影響を与えたこと、を挙げている³³⁹⁾。

さらに②について、ライマンは次のように詳しく論じている。『『占有権』(possession)の起源、定義、法的効果は、19世紀後半において英米法律学の好個のテーマであった。それは部分的には役に立つ諸原則とルールへの実務上の必要性によるものであった。コモン・ローそれ自体には当初は本来占有実体法は存在せず、何世紀にも及ぶ占有訴訟の集積があるにすぎなかった。したがって、サヴィニーの文献は重要な欠落を埋めたのである。……今日の観点からして驚くべきことは、占有権に関する基本原則の普遍的妥当性についての確信が明らかに広く普及しているということである。したがって、少なくともペリーとケレハーは、インドの不動産の占有権は、ドイツの著者が発展させてきたローマの法原則を適用することで決まる、という前提に立つ。コモン・ロー法律家は、コモン・ローの起源と性格は本質的にローマのかゲルマンのかをめぐる学問的・政治的論争において『占有』に与えられた重要な地位にも関心があった。占有をめぐる議論は、サヴィニーとその同朋に対するホームズのボレーミッシュな攻撃で、1881年に頂点に達した。占有は原則として保有意思(animus domini)を前提とするというサヴィニー理論は、ホームズにとってとりわ

338) Id., 75.

339) Ibid.

け目の上の瘤であった。こうした要件は、ホームズにはコモン・ローの占有概念とは一致しないと思われたのみならず、実務上の必要から正当化できない理想主義的・抽象的法律観の産物であるとも思われた」³⁴⁰⁾。

③については、手続志向的なコモン・ローでは19世紀半ばまで契約実体法が大幅に欠けていたため、契約の近代的ドグマティックを発展させようとして、サヴィニーの『現代ローマ法体系』と『債務法』、それに続くパンデクテン法学に着目し、(ただし翻訳ではなく主にオリジナルによって)分析法学およびポロックを通じて、意思表示、法律行為、錯誤、債務などの中心的概念が英米契約法に採用された、と指摘されている³⁴¹⁾。

(v) 第五の肖像が、「法典化反対論者——慣習としての法」である。19世紀の英米において、法典化問題はドイツほど切迫した形で前面には現れていなかったが、法典化反対論者としてのサヴィニーの肖像はコモン・ロー世界でもよく知られており、時おり影響を与えた。

イギリスでは、1804年のフランス民法典の出現、ベンサムによる破壊的なコモン・ロー批判、同じくベンサムによる合理的で功利主義を志向する立法および法典化の要求があり、1820-30年代は改革への多大の熱意と強力な立法活動が特色であったが、私法の法典化についての提案は結局実を結ばなかった(これに対し、インドでは1830年以降法典化が進んだ)。ヘイワードによるサヴィニーの『使命』論文の英訳も、訳者序文によれば、法典化の議論への貢献としてではなく、その法理論的意義を特に重視してなされたものであったが、法典化がイギリスでアクチュアルであった時代に属し、法典化というテーマのアクチュアリティによって翻訳が促されたのである。ただし、法典化の議論にこの翻訳が及ぼした直接の影響は明らかでない。この英訳以前に現れた法典化問題に関するジョン・レディーの1828年の包括的な議論も、法の本質と生成に関するサヴィニー理論(ドイツ語の『使命』論文)に依拠していた³⁴²⁾。

アメリカでは状況は異なった。19世紀の半ば以降法典化が実現され、ニュー・ヨーク州民事訴訟法典がそのマイルストーンであって、すぐに全米の指導的モデルとなっていった。しかし、ニュー・ヨーク州民法典をめぐる闘争にお

340) Id., 76-77.

341) Id., 77.

342) Id., 77-78.

いてようやくサヴィニーの思想が大きな役割を果たし、立法委員会の委託を受けて1865年に民法典草案を提出したデイヴィッド・ダドリー・フィールドに対して、このプロジェクトに反対するジェームズ・クーリッジ・カーターがヘイワードの『使命』論文の翻訳を援用したのである。「サヴィニーは、(ヘイワードと)カーターを通じてニュー・ヨークにおける私法の法典化の失敗へと貢献し、その限りで彼はアメリカ法史における転轍(Weichenstellung)に影響を与えた。すなわち、経済的に最も重要で法律的に先導していたニュー・ヨーク州における立法の拒否は、国土の残りに対する信号としての効果を持った」³⁴³⁾。

サヴィニーと同様に、19世紀のコモン・ロー法律家にとっても、法典化問題は結局は法の正当な生成の問題であった(法は自生的に民族の慣習からボトムアップに生じたのか、それとも立法者によって恣意的にトップダウンに指示されたものか。前者は、裁判官が具体的ケースに対応して法を生み出すコモン・ローの伝統と、法律家が学問としての法を生み出すシヴィル・ローの学識法の伝統に反映されている)。サヴィニーは法典化への反対者として、抬頭する立法国家(Gesetzesstaat)に抵抗するコモン・ロー法律家の側に立ち、立法者意思の支配に対する闘争に最終的に敗れる、という運命を共有したのである³⁴⁴⁾。

(vi) 第六の肖像が、「国際私法学者——法律関係の本拠」である。『現代ローマ法体系』第八巻は、先行する各巻からは大幅に独立して「法的ルールの支配の場所的および時間的限界」を対象とし、現代国際私法の父としてのサヴィニーの世界的名声を基礎づけた。この抵触法の分野においてのみ、サヴィニーは「現行」英米法に決定的影響を及ぼした、とライマンはいう。サヴィニーは、準拠法問題はもはや法規の範囲を決定するためのものではないとして、中世および近代初期のスタチュートの理論から訣別し、①判断さるべき「法律関係」から出発して、法律関係の「本拠」がその法律関係の準拠法を決定する、②国際私法における判決の調和が重要な目的であるから、準拠法は普遍妥当的に(allgemeingültig)各法システムからは独立に決定され、全ての裁判所および立法者は、同一の事実関係を同一の法に服さしめ、同様に判決を下さなければならぬ、と説いたが、この前提は修正を受けつつも今日まで本質的に妥当して

343) Id., 79.

344) Ibid.

いる³⁴⁵⁾。

まずイギリスでは、そもそも 19 世紀中葉まで国際私法がイギリスには原則として存在していなかった（仮定的住所がイギリスにある、などのフィクションによって、外国法の適用が回避された）ことに加え、サヴィニーは、19 世紀後半の多くのヨーロッパ大陸の国際私法学者とは異なり、当事者の国籍ではなく特に住所（domicile）に連結し、コモン・ロー法律家の思考と一致していたこと、さらにサヴィニーの「本拠理論」は「裁判官の活動の余地を求めるコモン・ロー法律家の要求を満たすのに十分なほど柔軟であった」こと、イギリスのローマ法学者や分析法学の支持者とは異なり、国際的なケースを扱う実務家が原則としてドイツ語のオリジナルを読めなかったことからして、ガスリーによる『現代ローマ法体系』第八巻の英訳はイングランドおよびスコットランドにおけるスタンダードワークとなり、（イギリス国際私法の創始者であるロバート・フィルモア、ジョン・ウェストレイク、アルバート・V・ダイシーらに）サヴィニーの思想は直接的な影響を及ぼした³⁴⁶⁾。

アメリカにおいては、すでに 1834 年にジョゼフ・ストーリーが『抵触法釈義』を発表し、それに基づきアメリカ国際私法が構築されたため、15 年後に刊行された『現代ローマ法体系』第八巻、あるいは 35 年後に刊行された同書の英訳に依存する必要性がイギリスに比べて乏しかった。サヴィニーの影響はその理論を継受したイギリスの国際私法学者たちを経由してアメリカに及び（アメリカ合衆国最高裁判所は、州際契約法のリーディングケースの重要な部分 [Pritchard v. Norton, 106U.S.124, 130-131 (1882)] において、ガスリーの翻訳でサヴィニーを引用している）、「他の影響と混ざり合ってサヴィニー思想の影響は今日に至るまで原則として及んでおり、事実関係はそれが『最も密接な関係』を有する法に準拠する」とされているのである³⁴⁷⁾。

(vii) 第七の肖像が、「学問の君侯 (Fürst) ——サヴィニーの『学識と天才』」である。コモン・ローの世界でも、サヴィニーは「極めて偉大な法学者——おそらくは 19 世紀初期から半ばにおける最も偉大な法学者」として一般的かつ広範な畏敬の念の対象であり、その「学識と天才」が賛美される「学問の君

345) Id., 80.

346) Id., 80-81.

347) Id., 82.

侯」として通用していた。また、学者としてのみならず、「深遠な政治家」(a profound statesman)として強い尊敬を集めていた。サヴィニーの学問に関心がないかあるいは全く理解していない場合にも手本となりうる人間的条件を備えた模範的学者とされたのである³⁴⁸⁾。

(5) 以上の七つの個別のポートレイトを組み合わせると一つの全体像を作ることができるかどうかを、ライマンは次節の「全体像——リーガル・サイエンスとしての法」で検討する。ライマンによれば、「サヴィニーは彼の同時代人にとって『いろんな』多様性を有していたがゆえに、『何かが誰かの好みに合った玉虫色の人物であった』が、それにもかかわらずサヴィニー像の総体(die Summe)の中には、(有機的秩序に関するサヴィニーの信念におけるように)この「世界を最も内部でまとめている」何ものか、すなわち「学問としての法に他ならぬものを示した法律家の全体像」が一貫して存在した(引用句は、ゲーテ『ファウスト』[手塚富雄訳]による)³⁴⁹⁾。

19世紀のコモン・ロー法律家は、彼らのメチエ(Metier)が本来学問すなわちサイエンスであるのかという問題と熱心に取り組んだが、それを肯定するための決定的なモデルはヨーロッパとりわけドイツに存在し、法学の中心にその創設者たるサヴィニーがいたことから、コモン・ローの世界では彼が学問の化身であるとされた。英米の文化においては、法は実務的な手仕事、技法(art)、熟練した技能として理解され、近代自然科学・精神科学の発展の結果として、価値に乏しいものと評価されていたから、このような法の学問性・科学性を強調する必要があったのである。

また、法が学問・科学であるならば大学において研究・教育されねばならず、法学部ないしロー・スクールは現代の大学の不可欠の構成要素となる(リーガル・サイエンスへの欲求の制度的側面)。ここでもドイツ・モデルが最上であるとされ、(高官へと昇進し、大学教育に影響を及ぼした)サヴィニーが法律学の領域におけるフンボルトの大学理念の代表者となった。法が科学であるならば、科学者すなわち法学者の手に委ねられる(政治家の領分では全くなく、実務家が優先する領域ですらなく、学識ある法律家の領分である)べきところから、19

348) Ibid.

349) Id., 82-83.

世紀後半以降初めて、コモン・ローの歴史において専任（常勤）の大学教師のカーストと固有のアカデミックなキャリアとが生じ、このカーストの決定的モデルはドイツの法学者とりわけその代表者たるサヴィニーであった。学問としての法という信念の基底には、職業的・個人的利益があったのである³⁵⁰⁾。

サヴィニーに体现される学問的法のモデルは、20世紀が進むにつれてコモン・ロー世界でも確立され、アカデミックな研究・教育の正当な対象として受け容れられ、今日ではコモン・ローは大学なしでは考えられなくなった。サヴィニーのモデルは彼の作品の翻訳によってもこうした発展に貢献した³⁵¹⁾。

(6)(i) 本論文の末尾は「結語——コモン・ローの世界におけるサヴィニーの忘却と再発見」である。サヴィニーが関心を抱いたテーマは、20世紀のコモン・ローの世界では当初はもはやアクチュアルなものではなかったため（メーン、ホームズ、パウンド以降、英米の法理論は独自の道を進み、例えば、論理的体系としての法への信仰は、リーガル・リアリズム以降はフォーマリズムとして評判が悪く、法典化はもはや中心的な法政策的テーマではなかった。サヴィニーが体现していた「学問分野としての法」は、コモン・ローにおいても既成事実となっていた）、作品の英訳も読まれていなかったが、20世紀末に再びサヴィニーに対する新たな関心が生じた。

まず英米独各国において、ほぼ1980年頃から比較法史とりわけコモン・ローとシヴィル・ローの関係が注目され、19世紀ドイツ法学と歴史法学派の研究が進み、サヴィニーに関する新たな文献が発表されたが、これはドイツ語のオリジナルを用いたスペシャリストの範囲内での研究にとどまり、サヴィニーの英訳はあまり活用されなかった³⁵²⁾。

(ii) しかし、近時二人の卓越した・一般的にも著名なアメリカの法学者、すなわち法の経済分析を基礎づけたシカゴ・ロー・スクール教授リチャード・ポズナーと、政治的に左翼志向の批判的法学（critical legal studies）運動の創始者の一人でその指導者と評されているハーヴァード・ロー・スクール教授ダンカン・ケネディが、英訳を通じて（いずれもドイツ語の知識を欠いていたためである）サヴィニーを詳細に検討し、その結果彼は英米の広い読者層に再び意識

350) Id., 83-84.

351) Id., 84.

352) Id., 84-85.

されるようになった(ボズナーとD. ケネディは、政治的・法理論的スペクトルの対極に立つ存在である)³⁵³⁾。

ボズナーは、2000年にヴァージニア・ロー・レビューに発表した論稿「サヴィニー、ホームズ、占有の法と経済」において、サヴィニーは「法思想史における極めて重要な人物の一人」であって、「われわれの精神的先祖たち(intellectual ancestors)をかくも徹底的に忘れてしまう」ことは明らかに遺憾であるとし、19世紀のサヴィニーのプレステージは英米世界を含めて「国際的で絶大であった」と強調する。この論文で、ボズナーはまずサヴィニーの一般的な法理解を述べ、サヴィニーの占有理論とホームズによるその批判を検討し、最後に彼独自の占有権の経済分析を提示する。ここでのボズナーのサヴィニー理解は、特にヘイワードによる『使命』論文の英訳、ホロウェイによる『現代ローマ法体系』第一巻の英訳、ペリーによる『占有権論』の英訳に依拠している。ボズナーは、サヴィニーの占有権論を彼の時代との関連でとらえ、法の甚だしい分裂が生じていたサヴィニーの時代には、明確で統一的な概念を創造することが、社会政策を考慮してルールを導くことよりも重要で、彼はそれに貢献したと評価し(「その明確性は大いにプラスである」)、サヴィニーは社会的現実に対し盲目であったとするホームズの批判から擁護している³⁵⁴⁾。

(iii) ダンカン・ケネディは、1870年から1920年に至る法思想の包括的研究——それは、批判的法学運動に対する重要な貢献であるとともに、今日の法システムの基礎が形成された・市民戦争と第一次世界大戦の間の時期のアメリカ法思想研究に大きな影響を及ぼした——を『古典法学の発展と没落』と題して執筆した。(大西洋横断的な)比較法史の復活によって、サヴィニーとドイツのパンデクテン法学が、アメリカ人の意識の中に明瞭に位置づけられたのちの2006年に、先の(1975年に執筆された)マニユスクリプトが最終的に書物として刊行された(ケネディはその序文の中で、自分と同僚たちはイェーリングより前のドイツ法哲学とドイツ法学を全く看過していた、と述べる)。

ケネディは、同書の中で、法思想の三つのグローバル化、すなわち特定の形式の法理解(Rechtsverständnis)が多少なりとも世界的な規模の意義を獲得した三つの時期を論じ、「古典的法思想」(Classical Legal Studies)がこ

353) Id., 85-86.

354) Id., 86-87.

のグローバリゼーションの第1のもの(1850年-1914年)であったとする。ケネディはこの第1段階を、「法を私的ないし公的行為者(actors)のための自治的領域のシステムであるとし、科学的実践と解される法律構成(legal reasoning)がその境界を画する、と考える思考様式」によって特定される段階である、という。ケネディにとっては、カントおよびサヴィニーとアメリカの「古典的法思想」の基本観との並行性(die Parallelen)は明らかであって、「ドイツ法学のプレステージ」の大きな意義を強調し、「第1のグローバリゼーションの英雄的人物は、法学教授であり(法典およびそれを修正する制定法の起草者であるのみならず、体系書の著者でもある)、偉大で人を鼓舞する先駆的指導者は歴史法学派の創設者フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーであった」とする。

ケネディはヘイワードの『使命』論文英訳およびホロウェイの『現代ローマ法体系』第一巻の英訳を引用しつつ、サヴィニーの世界的意義は彼の学問概念にあるととらえ、「サヴィニーのパラドックスであるとともにその重要な発展性の根拠となっているのは、『システム・体系』を精緻化するものとしての法学という単一の理念の中に、普遍化しつつある法形式主義者の——自己完結的で自律的な個人の意思が法律関係を創造する原動力であるとみる(貝瀬注)——意思理論(a universalizing legal formalist will theory)と、国家法の特定の領域はその基礎にある多様で非法的な社会的規範的秩序(diverse non-legal societal normative orders)を反映しているという思想とを、結びつけたところである」とし、古典的法思想は、オースティン、ポロック、ホームズの英米法思想ではなく、本来はサヴィニーの法思想に遡る(der eigentliche Ursprung)のである、と位置づける³⁵⁵⁾。

(iv) 最後にライマンは次のように本論文を締めくくる。「なるほど、既に言及した20世紀末の比較法史の諸研究も、21世紀初頭以降の公刊物も、アメリカにおけるサヴィニー・ルネッサンスを支持するには十分ではない。しかしながら、リチャード・ボズナーのようなアメリカの法律家が、精神的な先祖としてサヴィニーを引き合いに出したり、ダンカン・ケネディのようなスケールの大きな思想家がサヴィニーの中にアメリカの『古典的法思想』の共同創始者を見て取るならば、サヴィニーは今日のアメリカにおいて再び相当な価値を有し

355) Id., 87-90.

ているのである。こうした価値は、19世紀に生まれた翻訳に決定的に依存している。それらの翻訳がなければ、ボズナーやケネディのような読者はサヴィニーに接することができなかったからである」³⁵⁶⁾。

4. 「法学における概念と目的——ルドルフ・フォン・イエーリングの生誕に寄せるペーパー (Geburtstagsblatt)」

(1) 「ヨーロッパ私法雑誌」(ZEuP) 2018年号の「回顧」(Rückblick) 欄にミュンスター大学教授ニルス・ヤンセンとの共著で発表されたのが、上記のイエーリング論である(以下、ヤンセン/ライマンと表記する)。ライマン、ヤンセンともに法史学および比較法(ヤンセンはさらに民法)の専門家であり、ライマンがツインマーマンとともに編集した『オックスフォード比較法ハンドブック』にヤンセンは「比較法と比較学」を寄稿している³⁵⁷⁾。本論文の概略は次の通りである。

I. 伝記的および人物的スケッチ

1. 人生の旅路
2. 人物についてのコメント

II. 法ドグマティーク——イエーリングの法「における」研究

1. イェーリングのプログラム
2. ドグマーティッシュな研究——法的構成
 - (a) 構成の理論
 - (b) ……そしてそのドグマーティッシュな実行
 - (c) 簡潔な命題
3. 概念研究と機能分析——イエーリングのドグマティーク
 - (a) 概念法学?
 - (b) イェーリングのドグマティーク

III. イェーリングによる「法の外側からの」視線——闘争と目的

1. 権利(法)のための闘争

356) Id., 90–91.

357) Jansen/Reimann, 89ff. なお, Jansen, Comparative Law and Comparative Knowledge, in: Reimann/Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2nd ed.) (2019, Oxford U.P.) 291.

2. 法における目的

IV. 20 世紀の法理論にとってのイエーリングの意義

1. ドイツ

- (a) 自由法学派
- (b) 利益法学
- (c) 法社会学
- (d) 比較法学

2. アメリカにおけるイエーリング

- (a) ホームズ
- (b) パウンド
- (c) カードozo
- (d) アメリカ法思想におけるイエーリングの長きに及ぶ影響

V. イェーリングの遺産？

本稿では、主にライマンの執筆にかかると思われる上記の IV と、結論に相当する V の部分に注目したい。

(2) ヤンセン / ライマンは、19 世紀ドイツ民事法学は、①法哲学的・理想主義的パースペクティヴ (17・18 世紀の自然法・理性法思想が、19 世紀前半のカント、ヘーゲルの理想主義的法哲学に影響を及ぼし、法学部で自然法講義が行われた)、②内部からの (法を既に現存するものとしてとらえる) 本質的に法ドグマーティッシェなパースペクティヴ (民事法学の主流 [歴史法学派とその継承者] は法哲学と正義の問題に背を向け、実定法に限定された「学問的実証主義」の立場から、「内からの」ドグマーティッシェな研究に向かった)、③利益の秩序としての私法に対する外側からの (法) 社会学的なパースペクティヴ (私法を政治的・社会的利益の表現であるとともに、紛争制御のための道具として理解した) の三者がある程度連続しているととらえることができるとする。イエーリングは、①の傾向が既に歴史法学派およびそれを継承するパンデクテン法学に取って代わられた時代に属し、②の学派すなわち「ブフタのもとで高い抽象度に達し、かつイエーリングが初期の業績において、彼のいわゆる構成法学 (Konstruktionsjurisprudenz) へと改造した、(とりわけローマ) 私法のドグマーティッシェな研究」から出発した、と位置づける³⁵⁸⁾。

彼の後期の作品では、イエーリングの関心は次第に③の社会学的パースペクティヴに移行したため、「イエーリングは、双頭のヤーヌスのように、彼のいわゆる19世紀の『概念法学』と20世紀の利益法学の間、ドグマティッシュなパースペクティヴと社会学的パースペクティヴとの間、内的見地と外的見地との間の切断面(Schnittstelle)に立っている」と評される。かつての文献は、イエーリングの双方の面を連続した段階としてとらえ、内面的な転向がそれを相互に分かつものとするが(民事法のドグマティカーとしての概念的・構成的法律学への没頭から、目的・利益・実践的効用の重視へ)、この評価はカリカチュアであり、大幅に誤っている。イエーリングはこの双方の見方(Sichtweisen)と一貫して格闘し続けたのであって、その際に重点が概念思考から目的思考に移行したのである、とヤンセン／ライマンは批判するのである³⁵⁹⁾。

(3) イェーリングの伝記的および人物的スケッチ(前掲I)では、「イエーリングの人生は、彼の世紀の偉大な発展を背景として営まれた。たしかに彼は政治にはごく限られた(しかも積極的でない)関与しかしなかったが、三月前期(Vormärz)および1848年革命、ドイツ連邦の崩壊とドイツ帝国の成立を経験し、そのことは彼をビスマルク崇拝者にした。同時に、イエーリングがその出身であり、取得した爵位にもかかわらず思考と生活スタイルにおいて常にそれに属していると感じていた市民階級が台頭した。ますます資本と労働の対立および社会問題を生み出してゆく時代であった。その時代は自然科学の彗星のような抬頭によって支配されており、その発展は二世代間に生活を根本的に変えてしまった」と時代背景を描き出す³⁶⁰⁾。

人柄については、ヤンセン／ライマンは次のような詳細なコメントを加える。「彼の外面的な人生よりも興味深く、そして彼の学問の理解にとってより重要なのは、イエーリングの人格である。彼の同時代人で友人であるヴィントシャイトとは全く対照的に、イエーリングは、静かで禁欲的で世事に疎い学者的存在となる愚直な本の虫とは、全く別であった。むしろ反対に、イエーリングは人生を愛し、享受し、しばしば満喫した。彼は美味な食事、(十分な量の)

358) Id., 91.

359) Ibid.

360) Id., 93.

ワイン、煙草、女性の仲間たちを重んじた。加えてイエーリングは、法律以外に関心を持っていることも多大のエネルギーで追求した。彼はピアニストであって、しばしば彼の友人たちと演奏し、庭仕事をし、田園生活を好み、極度の旅行好きであった。長くて厄介な列車旅行を必要としたけれども、イエーリングは、とりわけイタリアに繰り返し魅了された。性格的にイエーリングは強情で、独立を求めた。彼は気分の揺れが激しい傾向があり、しばしば完全に熱狂したが、時折急激に意気消沈と懷疑に陥って苦しんだ。彼の生き生きとした想像力によって、彼の作品には活力があらわれた。彼の想像力は繰り返し新しい理念 (Ideen) を生み出し、それを最後まで仕上げることなく、新しい理念を追い求めることが多かった。そのため、彼の思想は時おり自然発生的で飛躍が多く、不整合ないし全く矛盾する結果となる可能性があった。したがって、エーリク・ヴォルフは正当にもイエーリングの思想から一つの『法理論の体系』を作り出そうとしないように警告した。イエーリングを研究することの刺激は、むしろ彼の理念のさまざまな色に輝く多様性、しばしばその諸理念の間を支配している緊張関係の中にある」³⁶¹⁾。

(4)(i) イェーリング小伝に続く「法ドグマティーク——イエーリングの法『における』研究」では、「イエーリングは歴史法学派の子であった。ドイツ理想主義の精神の中で知的に成長し、『歴史法学派の母胎 (Schoss) の中で』——すなわちサヴィニー、プフタ、シュタール、ルドルフといった法学者の間で——ベルリンで法学者となった」とし、彼の学問的思考の中心には、歴史法学派の「有機的」法発展という理想主義的法理論があったため、プフタのパンデクテン法教科書とその体系概念に痛烈で不当に誇張された批判を加えた、という³⁶²⁾。

(ii) イェーリングは「早い時期から非常に個性的な、知的にラディカルな頭角」を現しており、歴史的でドグマティックな主著・ライフワークである『ローマ法の世界』の序文および綱領論文『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』において、彼の「自然史的方法」によって歴史法学派の立場を突き詰めた。

361) Id., 94.

362) Id., 95.

イエーリングは、サヴィニーらと同様にローマの法的遺産、ローマ法の「精神」の建設的な新たな摂取が彼の時代の使命であるとしたが、法は民族精神の「静態的な力」の有機的産物ではなく、人により人のために（変化する要請に合わせて）——後の彼の主張によれば政治的「闘争」を経て——創造されるものであるというプログラムに基づき、法を大学教授の学問的独占から奪い取り、法の継続的形成（Rechtsfortbildung）における「実務の要請」を重視し、法の造形は裁判所が指揮すべきであって、学問の使命は「裁判官が具体的な形で向き合ったものを概念の一般性にまで高めること」にあるとした。

このプログラムは、「ひどい精神的隷属の手段」となったローマ法に対する根本的攻撃であり（「ローマ法によってローマ法の上に」）、ローマ人の不朽の業績はドグマティークに向けた構成的・形成的概念構成にあるとしつつ、ローマ法のローマ特有の時代遅れの制度を切り離して「破壊する」ために、法学はその目をローマ法源から離して同時代の法実務に向けなければならない、としたのである。「たとえイエーリングがドイツ理想主義の遺産を抱えていたとしても、ドグマティッシュな法律家として、イエーリングはまず何よりも彼の時代の現実に目を向けるリアリストであった」。

イエーリングのドグマティッシュな研究の中心にあったのは、ローマ人が模範的な方法で行ったような、新たな制度の法的「構成」（Construction）すなわち新しいドグマティッシュな「立体」（Körpern）で法的ルールと法的概念の総体に具象的でドグマティッシュな形態を与えるもの、を創造することであった。イエーリングにとって、このような新たな制度の法的「構成」こそが「より高次の法学」であって、制定法の解釈・適用は非生産的な「低次元の法学」、あらゆる学問的活動の中でも最も低次元の段階であった³⁶³⁾。

(iii) イェーリングのプログラムでは、学問的革新と法的進歩の重要性が、大量の自然科学的メタファーを用いて説明されている。自然科学者と同様に、ローマ法の「化石化した残り物」をいかなるローマ法律家も述べなかったような「命題と思考」に到達するために利用するのである。

法の概念的構成要素を結合して「法的立体」を創造することが法律学の使命である、すなわち、限られた数の要素から新しいものを創造するのが重要であるとするイエーリングの見解は、リービヒ（ギーセン大学の同僚であった）の応

363) Id., 95-97.

用志向の・進歩に楽観的な総合化学の学問的プログラムから示唆を受けているし、「自然科学者が自然史の対象に行うように分類し一つの体系に整理する」という見解は、動物学者で進化論者であるラマルクの生物学的分類理論の影響が感じられる。「『自然史の構成』は『実践の命題を合理的に表現』するはずである。『彫刻的な』法的立体は、複雑な法的関係を『法的直観力に親しみやすくする』という実践的必要をみたすものである」³⁶⁴⁾。

(iv) イェーリングのプログラムは、モノグラフィーとして構想された個別研究で具体化されており、特に契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) の「発明」と、それと結合した、損害算定時における消極的損害の積極的損害からの区別は、重要な影響を内外に及ぼし、今日まで高く評価されている。イェーリングは、契約前の責任を排除する彼の時代のローマ法の結論は「不当かつ実務上絶望的である」とし、契約締結上の過失を「構成」(Konstruktion) することによって、この責任を基礎づけようとしたのである。イェーリングの「構成方法」は、後期パンデクテン法学・「概念法学」の(誤った)権化と評価されてきたが、契約締結上の過失の構成には、「概念法学的なガラス玉演技」は認められない。イェーリングは、契約の無効はその「全面的な効果の喪失」を意味せず、債務者を履行義務から解放するのみであって、契約から生ずる「その他の義務」は有効なままであるとし、actio empti を根拠に、両当事者は既に契約締結時に「契約締結上の注意」(diligentia in contrahendo) の支配を受けているから、「本人自身で履行できる契約の有効要件を欠き、そのことによって契約相手方を契約の誤った外観により騙した者は、債務に拘束される行動をとったことになる」という「簡潔な命題」を導き出したのである³⁶⁵⁾。

イェーリングの基本的信念は、全体が良く見通せない膨大な法的素材を見解の「法的立体」(einen juristischen Körper der Anschauung) として把握しやすくするためには、自然科学的モデルに倣い、一つの「簡潔な命題」(「より高次の法律学」の成果) にまとめなければならない、というものであった。こうした「構成」は、成功すれば、「具象的」「透明」「自然」なもので、イェーリングのドグマティックな作品の透明さは、理論的簡潔さ・具象性という思想を確認するものである(ヤンセン/ライマンは、売買契約における危険負担についての

364) Id., 98-99.

365) Id., 99-101.

イエーリングの功績をあげる)。優れた説明も同じく簡潔・単純であって、1870年代からイエーリングは、「全ての法の創造者」は目的であるという唯一の「基本思想」で「法の全体的関連」を説明できる、とする彼の見解を前面に出すようになる³⁶⁶⁾。

(v) イェーリングは、取立・持参・送付債務の区別、刑法の場合も含めた客観的・主観的違法の区別、無体財産権ないし「精神的所有権」の概念、彼の時代に先鋭化していた近隣のイミッション紛争などに関するドグマーティッシュな研究で、ドイツを超えた大きな足跡を残した。単なる概念的でドグマーティッシュな法律学の持つ盲点と危険をイエーリングほど激しく攻撃した者はいないが(とりわけ1884年に『法律学における冗談と真面目』の第一部として再発表された書簡[初出は1860年])、批判の対象は一貫してプフタとイエーリング自身の先行業績であり、「『概念法学』という闘争的概念は、こうした議論のコンテクストから生まれた」³⁶⁷⁾。

しかし、法における論理の優位に対するイエーリングの攻撃は、概念的でドグマーティッシュな研究を原則として否定するものではない。既にギーセン時代から、イエーリングは概念の法律学は法を——法文および法制度の機能を明確に意識しつつ——理解するための補助手段であると解していた(66歳の時[1884年]にもなお彼は「あらゆる法律学は概念によって機能しており、法律学的思考と概念的思考とは同義であり、この意味であらゆる法律学は概念法学である」と書き、さらに1889年すなわち彼の死の3年前に「占有意思」に関する包括的でドグマーティッシュな研究を著した)³⁶⁸⁾。

しかしながら、イエーリングは、『ローマ法の精神』(1852年)の序において、「法の機能を認識して初めてその器官(Organe)を理解できる」、「法の価値は、その機能すなわちその実際上の有用性にあるからである」、「法を哲学体系と同様にその精神的 content、論理的構造および統一性から評価するほど誤っていることはない」、「法の論理的構造は二次的なもの、すなわち法が目指す目的の産物にすぎない」、「それゆえ概念の構築にとって決定的なのは、『生活の必要』である」、と論じていた。結局イエーリングは1860年代初頭に概念的でド

366) Id., 101-103.

367) Id., 103-104.

368) Id., 105-106.

ドグマーティッシュな研究に背を向けたのでも、それから初めて目的論的方法に向かったのでもなく、双方の要素は既に『ローマ法の精神』に現れており、時の経過につれて彼の思想の重点は「構成」から「目的論」へと移動したのである、とヤンセン／ライマンは評価する³⁶⁹⁾。

(5) 本論文の第三章は「イエーリングによる法の外側からの視線」(Blick von aussen auf)である。イエーリングの後期の作品では、社会現象としての法をどう説明し理解すべきか、に次第に関心が移行した。その際前面に現れたのは、法は個人的および共同体的利益のための闘争から生ずるものであるとする理念と、それを説明するための目的思考(Gedanken des Zwecks)であり、これらの理念は、以下の影響力の大きな二つの論稿すなわち『権利のための闘争』および『法における目的』の基礎となっている³⁷⁰⁾。

(i) 「法におけるドグマーティッシュで概念的な研究から、法に対する目的志向的な外部的視点への緩やかな重点の移行は、イエーリングのウィーン時代の終わりに突然に公然とかつ大音声で破られた」。世界中に普及し、彼の今日最もよく知られた著作となった1872年の講演『権利のための闘争』は、ドグマーティッシュな論稿とは全く異なり、イエーリング自身によれば「法の心理学の一部」で、非法律家にも興味深く、教養のある素人の読者にも親しめるものであった³⁷¹⁾。

パンデクテン法学の全盛期にいたわけではなかったイエーリングは、特段の理由づけを示さずに目的論的な法概念を不意に一举に前面に押し出し、法を社会現象として外部的視点から考察し、法は闘争(すなわち社会における矛盾対立する諸利益を目的とする闘争)の産物であり、個人的および社会的目的の達成に向けられている、と表現した(「法概念は、周知のように実用的なもの、すなわち目的概念である」)。イエーリングは、法が「内的な、静かに作用する諸力」によって発展するとするサヴィニー理論(歴史法学派)は、人類を受動的管理者へと誘惑するがゆえに危険であるとし、全ての法は闘い取られたもので、それのみを真に評価し適正に防御できるとして、積極的な法形成・法生成論を展

369) Id., 106.

370) Id., 107.

371) Ibid.

開した³⁷²⁾。

「イエーリングは彼の同時代人に彼らの（主観的）権利の厳格な防御を呼びかけた。彼は大きなパトスとともに、自己の権利の実現のための闘争は、道徳的自己保存のための個々人の倫理的義務であるとともに、社会に対しても同じく倫理的義務である、と宣伝した」³⁷³⁾。

『権利のための闘争』は学問的著作とは異なるパンフレットであり、そこには、法は社会の状態を反映しており、社会的コンフリクトの結果である、とするイエーリングとその同時代人の認識が現れていて、この著作の中で「イエーリングはしばしば人を魅了するような、しかし時おり自制心に欠けたやり方で、虚弱になったように思われる法文化に対する憤りを心底から述べているのである」³⁷⁴⁾。

(ii)(a) イェーリングは、彼の本来のライフワークである『ローマ法の精神』の中で、法における機能的要素の意義を繰り返し語っていたが、目的概念を実際に理解することによってのみこの主著を完成できると確信して、晩年のゲッティンゲン時代に目的概念を体系的に考察しようとしたのが、『法における目的』全二巻（第一巻、1877年。同第二版、1884年。第二巻、1883年）である。イエーリングは再び外部的・社会学的パースペクティヴを採用し、「実際のドグマティックな目的」の追求ではなく、「法の全体的関連（Gesamtzusammenhang）の叙述」を意図したのである。同書の基本思想は「あらゆる法は目的すなわち実践的な動機に基づいて創造される」ということであり、全ての行為を目的から説明しようという「目的法則」（Zweckgesetz）は「最高位の世界形成的原則」であるとして、イエーリングは徹底してダーウィン理論に依拠しつつ、この目的法則を動物界から個別の人間の行為まで辿っている³⁷⁵⁾。

(b) イェーリングは、「目的」には二種、すなわち個別的な（組織化されていない）目的と集团的（組織化された）目的とがあって、後者は国家の理念と結びつけられるとする。「目的の構成・編成（die Organisation）は、国家においてその最高の頂点に達する」から、イエーリングは「国家の強制的権力によって生み出される、社会の生存条件の保障の形態」と法を定義するのである。彼

372) Ibid.

373) Id., 108.

374) Id., 108-109.

375) Id., 109-110.

は旧著『ローマ法の精神』で、コスモポリタンの気分からローマ法の中に法の一般性を見出していたが、1871年以降は、当時一つに統合されていた国民国家が「強制権力の社会的組織」、「法の唯一の源泉」であるとした。『法における目的』も当初の計画を大きく超え、その第二巻では目的思考は人倫 (die Sittlichkeit) と道徳にも及んでいる (同書の表題は元来は『人倫的世界秩序の目的論的体系』となる予定であった)³⁷⁶⁾。

(c) ヤンセン／ライマンは、この著作を適正に理解するには、次の三点が重要であるとする。第一に、イエーリング自身にとって法社会学的研究は重要ではなく、すなわち、ここでドグマティカーから実務に遠い基礎学者に変身したのではなく、BGBの法典化以後にドイツ法学にとって自明であるとされた基礎研究と法ドグマティークの分離に反対して、彼は法および法学にとって目的の持つ意義を根本から練り上げることが急務である (法ドグマティークは法的な基礎 [Grundlagen] 研究を怠ってはならない) と考えた。この認識は今日でも学問的ドグマティークにあてはまる³⁷⁷⁾。

第二に、『法における目的』では、「全ての法の基礎にある目的は、全社会的現象としての法および個々の法制度とルールの説明に役立つ」として分析のためのカテゴリーを構築したが、規範的プログラム、法規範の正当性、正義についての自然法的議論は回避されている。ただし、イエーリングは正義の問題を低く評価しているのではなく、ダーウィンの進化論も法の倫理的基盤を侵すべきではないから、『権利のための闘争』においては、人は不法に対しては闘わなければならないと明言しているのである³⁷⁸⁾。

第三に、『権利のための闘争』と『法における目的』の外部的パースペクティヴは、法のドグマティッシュで概念的な研究を否定するのではない。イエーリングにとって目的思考は概念研究の基礎をなすべきなのであり、それゆえ彼は死の直前の1889年に当時の民事法学でもっとも争われていたドグマティッシュな問題である占有意思についての包括的な研究を発表し、通説的な法学方法論を批判して、「形式主義的ないし弁証法的方法と、現実主義的ないし目的論的方法」との対立を論じ、占有のドグマティークにとって決定的に重要

376) Id., 110.

377) Id., 110-111.

378) Id., 111.

なのは占有意思ではなく、ローマ法における特定の占有形態のそれぞれの「目的」であるから、「占有問題」は「利益問題」(Interessenfrage)となる、と説いたのである³⁷⁹⁾。

(6) 20世紀には、イエーリングの後期の法理論、とりわけ現実社会との関係で機能・目的・利益への適合性を重視する見解は、ドイツ語圏およびアメリカにおいて「新しいアイディアのための決定的な刺激」となった³⁸⁰⁾。

(i) ドイツ語圏では、自由法学派および利益法学、さらに新たに生じた分野である法社会学と比較法学にイエーリングは影響を及ぼした。

(a) まず自由法学派(元来はエールリッヒ、カントロヴィッツらの緩やかに関係する運動にすぎなかった)は、イエーリングは「現代法学の先駆者」であるとして、その社会学的で目的および利益に適合的な法律観を受け入れ、法律学は概念論理的なガラス玉演技(裁判官は、当時制定されたばかりのドイツ民法典の単純で機械的な適用によって確実かつ合理的に判決できる、とする20世紀初頭に広く普及していた見解)に代わって、「生活の必要」に取り組まなければならない、と説いた。さらに自由法学派は、フランソワ・ジェニーが19世紀末にフランスで発展させた——厳格な注釈学派の解釈および現実に盲目的なフランス民法典の適用に反対し、社会の実際上の要求を志向する——「科学的自由探求」の思想と関連を有するが、ジェニーの見解は後期イエーリングの著作に刺激されたものであった。

しかしながら自由法学派はイエーリングを大きく超えて独自で個性的な法発見・法適用の理論を発展させた。「イエーリングが生きた時代とは異なり、20世紀初頭の裁判官の職務の中心的課題は、常に広範化する制定法の適用・解釈および絶えることのない法の欠缺補充にあった。自由法学派は、こうした課題の克服にあたり、制定法に対する大幅に自由な立場を認め、裁判官は不明確な文言のみならず不当な結果を避けるためにも制定法から離れることが許されるはずであり、国家の制定法と並存する社会の『自由法』(Freirecht)に依拠すべきである。その場合に、裁判官は特に個別のケースで正義を考慮すべきである」と説いたのである。

379) Id., 111-112.

380) Id., 112.

自由法学派が全く実際上の影響を及ぼさなかったわけではないが(例えば、初期ワイマル共和国時代のインフレーション危機に対するライヒ裁判所の反応)、裁判官の無制限の自由、正義の感覚を優先させることを自由法学派が要請したのは、制定法への強い拘束を伴う法伝統にとってあまりにラディカルであった³⁸¹⁾。

(b) 1920年代以降ヘック、リューメリン、ハインリッヒ・シュトルにより発展させられた利益法学は、イエーリングの社会学的法律観に依拠しており、法とは本質的に目的により決定され・利益の抵触についての判断を表現するものであると説き、自由法運動と同様に「社会生活の研究」の必要性を強調した。イエーリングの影響は歴然としているため、ヘックは彼を「目的論的志向と利益法学の創始者(Begründer)」であるとした。

しかしながら、利益法学によれば、裁判官は制定法の不明確性・欠缺・その他の問題事例を「自由な法発見」によってではなく、制定法に対する「利益を基準とする服従」(interessenmässigem Gehorsam)によって処理しなければならない(法的ルールは矛盾衝突する諸利益の間の判断として理解すべきで、そのことにより裁判官は立法者意思に拘束される)。利益法学も、裁判官による法創造は不可避であるとするが、法感情や非国家法に訴えるべきではなく、裁判官の法形成も(場合によっては仮定的な)立法者意思を遵守してなされなければならない、とする。

以上のアプローチは、今日にいたるまでドイツ民事法学・法実務に決定的影響を及ぼし、評価法学(Wertungsjurisprudenz)へとさらに発展する際に、ドグマティークの結果は常に裁判官による諸利益の評価に従わなければならないことを要求する点で、ドグマティッシュな思考の厳格な論理に対する最も重要な対重(釣り合いをとるもの)(das bedeutendste Gegengewicht)となる。こうした要請は最終的にはイエーリングの功績である³⁸²⁾。

(c) イェーリングの『権利のための闘争』および特に『法における目的』における社会現象としての法の考察は、さらに発展して20世紀初頭に法社会学の成立をもたらした。すなわち、「法は社会現象であるため、あらゆる種類の

381) Id., 113-114.

382) Id., 114-115.

法律学は社会科学に属する」とするオイゲン・エールリッヒ (1862-1922 年) の『法社会学の基礎理論』の刊行により、この学問分野が誕生したのである。エールリッヒは法律家の職人用の道具が作る「実用法学」(法のドグマーティッシュな研究)を、「実用的目的を目指すのではなく、法の純粹認識を目的とする法についての独立の科学」(固有の「法についての科学的学問」[wissenschaftliche Lehre])から分離・区別するが、これはまさにイエーリングが避けなければならないとした分裂であった。アーサー・ヌスバウム (1877-1964 年) の「法事実研究」に関する画期的な論稿 (Die Rechtstatsachenforschung, 1914) には「イエーリングのプログラムの余韻が感じられる」し、法社会学の独自の道を開拓したマックス・ヴェーバー (1864-1920 年) もイエーリングを読んでおり、講義の聴講者にイエーリングの著作を勧めている³⁸³⁾。

(d) イェーリングは「私の前に生ずる全てのものを比較するという」自らの「嗜好」を明らかにしているが、法秩序の共通点と相違点の探求と評価を目指す、現代的な意味での比較法を行っていたのではないから、20 世紀に発展した比較法学の先駆者とは言えない、とヤンセン／ライマンは述べる。

ただし、ツヴァイゲルトは (彼はツヴァイゲルト／ケッツ『比較法概論』の重要な箇所ではイエーリングを引用している)、イエーリングは生の現実に向けられた彼の法学と目的論的方法とによって現代比較法学に間接的な影響を及ぼし、利益に条件づけられた目的志向的なものとして法を把握したこと (「機能的方法」は 20 世紀以降比較法学の中核であった)、および「批判的、非ドグマ的、現実主義的方法」へと向かったこと (比較法は、ドグマーティッシュな狭さから解放されて法を社会的・経済的・政治的・倫理的・心理的背景のもとで理解した) によって、一般的方法論につき比較法に歩むべき道を示した、と指摘する。ヤンセン／ライマンは、比較法にイエーリングが「強い影響」を及ぼしたかどうかは争いの余地があるが、明らかな方法論的近似性があるため、現代における比較法の方法と目的の「態様 (Art) の中には、少なくともイエーリングの精神との共鳴が存在する」というツヴァイゲルトの評価には同意しなければならない、という。

とりわけイエーリングの二つの宣言 (Formulierungen) は、現代比較法において古典としての地位を獲得している。すなわち、まず第一に、イエーリング

383) Id., 115-116.

は、既に 19 世紀半ばに比較研究を活発に呼びかけ、彼の時代の法学が法の国家化とユス・コムーネの衰退により自国法のドグマティックな処理にますます限定されているとし、このような「国家法学へと降格した法律学」を「体面を傷つけられた無価値な学問の形態」とののしり、比較法研究の方法は「視野を広げ、判断を豊かにし、素材の処理をより自由にする」から、学問的有用性は明らかであり、その方法によって法律学は「学問的活動のより高い次元へと向かう」と論じたのである。第二に、イエーリングは、法は常に特定の目的を目指すものであるという信念に基づき、こうした目的が求めるアイデアは場合により過去または外国からも輸入さるべきであって、「外国法の継受」によって国内の諸問題をよりよく解決できることもある、と主張した。独立のかつ方法論を意識した学問分野としての比較法の基礎づけにあたり、19 世紀から 20 世紀への転回点 (Wende) において、イエーリングの呼びかけが本質的な役割を果たしたかどうかは、より詳しく研究さるべきである、とヤンセン／ライマンは提言する³⁸⁴⁾。

(ii)(a) ヤンセン／ライマンは、イエーリングほど外国において広くかつ強力な影響を及ぼしたドイツの法律家はほとんどいないが (20 に及ぶ言語に、彼の多数の作品とりわけ『権利のための闘争』が翻訳されている)、「サヴィニーの場合と同様に、イエーリングの世界的な名声は、外国の法律家も様々な理由から援用する彼の作品の多面性 (Facettenreichtum) によるものであり、この理由とは、ローマ法学と法ドグマティックの分野における彼の成果、社会学的な萌芽 (Ansatz)、生き生きとした魅力的な文体にある」、と指摘する。

ドイツ語圏における影響に続き、ヤンセン／ライマンは、イエーリングの社会学的法律学の理念が、他のどこよりもアメリカにおいて全面的に出現し、アメリカ法学は後期イエーリングが示した道を最後まで一貫して歩んだ、という理由から、「アメリカにおけるイエーリング」を分析するのである。19 世紀後半から 20 世紀初頭の英米法理論にイエーリングが及ぼした影響の徹底した研究はまだなされておらず、ここでも、同時代のアメリカ法思想に決定的影響を与えた三人の法律家 (ホームズ、パウンド、カードozo) に対するイエーリングの影響をスケッチし、彼らがアメリカの法律観にもたらしたイエーリングの長期に及ぶ影響を最後に簡潔に考察する、という概観にとどめている³⁸⁵⁾。

384) Id., 116-118.

(b) アメリカ法文化の巨人の一人オリヴァー・ウェンデル・ホームズは、多くの点でアメリカにおいてイエーリングに対応する存在で、両者には「啞然とするような類似性」があるが（ホームズもまた、1870年代に当時の私法上の具体的諸問題を詳細に検討し、とりわけ自然科学の影響のもとに、生の現実を志向する社会学的法律観に到達し、同時代の法律学に新たな方向を示し、主著『コモン・ロー』は巻頭で「法の生命は論理ではなく経験であった」云々と、イエーリングに由来するかのよう宣言し、法は矛盾する諸利益のための闘争であるから、事実上の力関係を反映しなければならず、イエーリングの自然主義を想起させるように、根元的・原初的な本能ないし自己保存本能から生ずるものである、と説いた）、ホームズはイエーリングの作品を確実に知っており、また引用もしていることから、イエーリングのホームズに対する影響関係は肯定できる。

しかしイエーリングは、ローマ法学者であるとともに民事法学のドグマティカーで、さらに社会学的法律観の主張者でもあるという二つの面を併せ持っていて、両者は区別する必要がある、まず前者（ドグマティカーとしてのイエーリング）はホームズにとって敵対する存在であった（ホームズは、生 [Leben] の代わりに論理に没頭する当時のアメリカ法学に立ち向かうとともに、これと関連して、ドイツのパンデクテン法学の概念法学的な誤り、抽象的・論理の出発点の有害性をアメリカの読者に伝えるために、イエーリングも含めて攻撃の対象にしていた）。

後者の側面については、ホームズは『権利のための闘争』を英訳で読んでいたと推定はできるが、それだけではホームズがイエーリングの理念・社会学的思考を借用したという意味での「影響」(Einfluss)を受けたとは言えない。なぜなら、①ホームズは自らの思想をイエーリングの『権利のための闘争』の講演に先立って発展させ始めていた、②ホームズは『コモン・ロー』（1881年）執筆の際に、イエーリングが彼の社会学的出発点を詳論した『法における目的』（第一巻は1877年）を全く知らなかった、③ホームズの社会学的・自然史的 (naturhistorische) 法律学は、全く別の源泉すなわちチャールズ・ダーウィンおよびハーバート・スペンサーの功利主義にも由来していた、からである。

ヤンセン／ライマンは、「イエーリングとホームズの社会学的出発点の間に認められる並行性 (die Pararellen) は、本質的に類似した経験（とりわけ彼らの

385) Id., 118-119.

時代の支配的法律学への不満)の結果であるとともに、大西洋の両側でそのための期が熟していた、考えを根本的に改めるための類似した動因(Anstosse)の結果でもあった。それにもかかわらず、アメリカにおけるイエーリングの影響は、本来これこれに『対する』影響ではなく、特に後続の世代に対して彼と『ともに』及んだ影響であった。言い換えれば、ホームズの社会学的・自然主義的に研究される法律学という要請は、イエーリングの類似した要請によって強化され、かつ正当化されたのである」と評価している。

しかしながら、「アメリカ法学は結局ホームズを有していたのだから、イエーリングは必要なかった」と考えるのはあまりに短絡的である。なぜならば、①19世紀後半および20世紀初頭のアメリカでは、ドイツ法学はまだ若いホームズが対抗できないほどのprestigeを有していたこと、②ホームズの『コモン・ロー』は本質的に英米法の根源と発生の探求であって、法理論的考察は「まぶされている」にすぎず、イエーリングに比べ萌芽的な社会学的法理論をわずかに述べているにとどまっていたことから、ホームズはイエーリングの完全な等価物にはならず、20世紀初頭のアメリカ法学における社会学的転換は、ホームズのみによるのではなく、さまざまな点でイエーリングにも由来していたことは明らかである、とヤンセン／ライマンは分析する³⁸⁶⁾。

(c) 20世紀の最も重要なアメリカの法学者の一人で、非常な多読家であったロスコー・パウンド(1870-1964年)は、彼の世代では並外れて外国文献に信頼を置き、19世紀から20世紀初めのドイツの文献の大半を原書で読み、その理念をアメリカに輸入した。パウンドの主たる関心は、カントとヘーゲル哲学から、歴史法学派とパンデクテン法学を経て、イエーリングの社会学的法律学が成立するまでの発展にあり、パウンドはこの影響を明確かつ持続的に受けたのである。

パウンドもイエーリングと同様に、論理的演繹の方法で抽象的概念から結果を導き出す法律学に反抗し、19世紀から20世紀への転回点(Wende)にアメリカでも普及していたこの方法を「機械的法律学」(mechanical jurisprudence)と批判して、「この概念法学に代わる研究のパイオニア」としてイエーリングを明示的に引用し、彼の場合のように社会的・経済的に重要な結果を志向する法律学を「社会学的法律学」(sociological jurisprudence)と名付けた。とりわけ

386) Id., 119-122.

「社会学的法律学の範囲と目的」と題するハーヴァード・ロー・レビューの長編論文(全三回, 1911/12年)は, アメリカで大きな反響を呼び, 今日ではアメリカ法学の古典となっているが, その第二部は「社会学的法律学に対して不朽の価値を有する」著作としてイェーリングの『法における目的』を徹底的に論じている。たしかにパウンドの社会学的法律学はイェーリングを唯一の源泉とするものではなく, 自由法学派を代表するエールリッヒ, カントロヴィッツの見解や, ヘンリー・ジェームズ, チャールズ・ピアース, ジョン・デューイらのプラグマティズム哲学の強い影響を受けているが, 社会学的法律学の包括的特色にはイェーリングの直接的な影響が明らかである。「社会学的法律家は, 社会現象としての法システム, 法理論, 法制度の比較研究を行う」, 「彼らは法を社会的制度とみなす」, 「法の抽象的内容よりも法の作用に注目する」, 「彼らはサンクションよりも法が促進する社会的目的を強調する」といったパウンドの記述がそうした影響を表している。

しかしながら, ヤンセン／ライマンによれば, 基礎理論の共通性にもかかわらず, 両者のパースペクティヴには相違があり, イェーリングは目的と利益において法の表明(Erklärung des Rechts)すなわち法の本質・内容・機能を探求したのに対し(「目的は全ての法の創造者である」という因果関係のテーゼ), パウンドは, 彼の社会学的法律学においてとりわけ「法の使用」すなわち社会工学(social engineering)のための工具としての使用を重視した(「法は目的のための手段である」)。「パウンドは, イェーリングの社会現象としての法の理論から, 政策的手段としてそれを用いた結果を取り出したのである」³⁸⁷⁾。

(d) 20世紀アメリカにおける最大の裁判官の一人であったベンジャミン・カードーズ(1870-1938年)は, その主たる研究分野であるコモン・ローの私法, とりわけ契約法と不法行為法で画期的な判決で重要な影響を与え, 1921年にイェール・ロー・スクールで行った名誉あるストアズ講演(Storrs Lectures)を『司法過程の本質』という標題で公刊した。

ホームズの『コモン・ロー』やパウンドの「社会学的法律学」のようなアメリカ法思想の聖典(Kanon)となったこの作品で, カードーズが提示した主たるテーゼは, 「裁判所は, 伝統的に主張されてきたように法を発見・適用するのみならず, むしろ法を創造し, 発展させる」というものであった。経済と社

387) Id., 122-124.

会の発展によって、これまでの法では答えられない問題が常に生ずるので、カードーズには裁判所による法の創造は不可避と思われたのである。さらにカードーズは、個々の判決において法感情(Rechtsgefühl)と無意識のファクターがどうしても一定の役割を果たしうる、と(当時の保守的な同時代人には異端的に映った内容を)告白する。

『司法過程の本質』の本文と脚注に明らかなように、カードーズは「ドイツの基礎(エールリッヒらの自由法学派)およびフランスの基礎(フランソワ・ジェニー)の上に自由法学派のアメリカ版を発展させたということができる」と、ヤンセン／ライマンは指摘する。さらにカードーズにとって重要であったのは、裁判官が法創造的活動を行う場合に、ドグマティッシュにかつ実証主義的ではなく、プラグマティックにかつ社会的に思考しなければならないということであった。カードーズが宣伝した「社会学の方法」は「法理論へのイエーリングの偉大な貢献」であり、カードーズが、法はそれが奉仕する目的を志向する必要があるとし、法は「社会福祉」という目的のための手段であるとし、矛盾対立する諸利益との対決を主張する場合には、アメリカにおける裁判官の立場をイエーリングにより直接に基礎づけているのである。カードーズは、イエーリングの確信を「我々が解決を求めるべきであるのは、論理的演繹ではなくむしろ社会的要請である」という短い一文に要約している³⁸⁸⁾。

(e) ヤンセン／ライマンは、「アメリカ法思想におけるイエーリングの長きに及ぶ影響」として、「ホームズとともに、そしてパウンドやカードーズのような重要な著者に与えた影響を通じて、イエーリングは20世紀の現代アメリカ法思想に重大な貢献を行った」と評価する。

しかしながら、その理由は①イエーリングの社会的法律観の説得力のみではなく、②ドイツ法学の一般的prestige、③イエーリングの著作が、当時のアメリカで極めて影響力が強かった精神的潮流(イギリス功利主義、ハーバート・スペンサーにより社会理論となったダーウィン主義、発達した自然科学とりわけ生物学の表象世界、アメリカ哲学で重要な地位をしめていたプラグマティズム)に適合していたこと、④共同体の目的達成のための手段としての法という理解が「進歩の時代」(Progressive Era)の政策的雰囲気(politische Klima)に適合していた(法に本質的な形成的使命を負わせた)ことにもあった。

388) Id., 124-125.

ヤンセン／ライマンによれば、「イエーリングが協力して惹き起こした、実証主義的・形式的法概念から社会学的でプラグマティックな法概念への「方向転換」(Abkehr)は、今日にいたるまでアメリカ法学を特色づけている。……イエーリングはアメリカではほぼ忘れ去られているが、それは、利益の対立の表現としての法、社会問題の克服の手段としての法というイエーリングの法律観が、アメリカにおいて自明のこととなったからなのである」³⁸⁹⁾。

(7) 最後に、ヤンセン／ライマンは、「イエーリングの遺産」を考察する。他のドイツの法律家と異なり、イエーリングは、法に対する多様なパースペクティヴにいかに取り組むべきか、すなわち法を概念と規範の体系ととらえるドグマティックの内的パースペクティヴによるのか、法を社会的コンフリクトを克服するために人間が創造した一つの制度として理解する外的パースペクティヴによるのか、それとも双方のパースペクティヴを結合するのか、という問題(法学の固有性・特性 [Proprium])を、現代の法律学に提示する。イエーリングは生涯にわたってこの問題と格闘し、法律学における概念と目的の双方を常に重視していたのであって、概念法学者からの「転向」は存在せず、単にアクセントの漸次的移動 (eine allmähliche Verschiebung der Akzente) があったにすぎない。イエーリングの目標は、現実の生活の要求を志向したドグマティック、すなわち、簡単に理解できるように法を概念で表し、その際に法の外的パースペクティヴを併せて考慮するドグマティックであった³⁹⁰⁾。

このプログラムは今日にいたるまでアクチュアリティを失っていないが、ドイツ語圏とアメリカにおける法発展を対比すれば、このプログラムの実現がいかに困難であるかが明らかになる。まずドイツの法曹養成とドイツ法学は、法的素材のドグマティックな処理と概念的な一貫性というイエーリングの理念を重視する反面、新しいものを創造するというイエーリングの中心的な要求に全く答えておらず、制定法の解釈以外の、法律学の基礎分野は付随的なものであるとして、長らくそれに真摯な実践的意義を認めようとしなかった。イエーリングにとって重要なのは「論理的正しさの責任」を負うことではなく、「結果の実際上の適切さ」であったが、イエーリングによれば、法のドグマ

389) Id., 125-126.

390) Id., 126-127.

ティッシュな研究の目的は、立法者が述べたことの単なる繰り返しではなく、概念に対する法感情と関心 (Rechtsgefühl und Interessen) を生じさせ、議論を確実なものにすること (argumentativ zu stabilisieren) であった。イエーリングは、明確な構造と概念的に整序されたドグマティークを損なうことには反対で、むしろ法学に構成的でドグマーティッシュな協力を求めたのである³⁹¹⁾。

アメリカ法学はドイツとは別の道を進み、ホームズらの影響のもとにプラグマティズムがコモン・ローの道具化を実現し、第一次大戦前の「進歩の時代」と1930年代のニュー・ディール期にこの発展は加速され、1970年代からは「法の経済分析」が共同体の目標への全面的奉仕(経済的効率の最大化)を私法にも要求した。これはイエーリングの目的思考の論理的・継続的發展でもあったが、特に20世紀後半には、(法概念の見せかけの性格、規範の不特定性、論理的議論の隠蔽機能に対する)リーガル・リアリズムの批判によって、法のドグマーティッシュで概念的な研究への評価が甚だしく低下した。アメリカにおいてはドグマティークは補助的役割を果たしうるにすぎず、私法の古典的領域(contract, tort, property)でさえ、論理的・概念的に極めて脆弱に作り上げられているにすぎない³⁹²⁾。

以上を要するに、米独双方ともイエーリングの思想(ドグマーティッシュで概念的な浸透 [Durchdringung] であるとともに利益と目的を意識している、法の継続的形成 [Fortbildung])を十分に正しく評価してはいない。新しい問題に対して新しい解決を創造する勇気を持たずに、任務を制定法の解釈に自己限定する法学は、法実務の単なる補助者にすぎず、法とその発展を体系的に考察するという任務を責任をもって果たすことができないので、自らの価値を低下させる。これに対し、法を道具化する法学は、法をその本質において政策の単なる道具に貶めることになり、整序機能をおろそかにし、素材のコントロールを困難にして、最終的に法的安定性を蝕む。

イエーリングは、「法における概念的でドグマーティッシュな研究と、法をめぐる省察的・目的志向的な研究との、包括的な総合 (Synthese) を作り出す、完成された理論」を発展させたのではなかったが、「売買契約における危険」(Gefahr beim Kaufkontract)のような個別研究において、目的論と概念操

391) Id., 127-128.

392) Id., 128.

作とをドグマティッシュに結び付け、個別的利益紛争を概念的に明確に解決することに全面的に成功した。このような個別研究におけるイエーリングの方法は、現代の民事法学にとっても依然として模範となりうるのである。

以上が、ヤンセン／ライマン論文の概要である³⁹³⁾。

393) Id., 129.